



Universidad
de Alcalá

**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E
INDEMNIDAD SEXUALES: ABUSOS Y
AGRESIONES SEXUALES**

**CRIMES TO SEXUALS FREEDOM AND
INDEMNITY: SEXUAL ABUSE AND ASSAULTS**

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:

D^a CRISTINA CURIEL MORENO

Dirigido por:

D. CARLOS GARCÍA VALDÉS

D^a CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Alcalá de Henares, a 25 de febrero de 2020

ÍNDICE

RESUMEN.....	3
INTRODUCCIÓN	4
OBJETIVOS	5
I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	6
II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS SEXUALES	13
2.1. Fundamento y naturaleza	13
2.2. El bien jurídico protegido.....	15
2.3. El consentimiento.....	18
III. EL ABUSO SEXUAL.....	20
3.1. Definición.....	20
3.2. Tipo básico	22
3.2.1. <i>Los abusos sexuales en personas privadas de razón o de sentido o cuando se abuse de su trastorno mental</i>	23
3.2.2. <i>El abuso sexual fraudulento</i>	24
3.3. Tipos agravados del delito de abuso sexual	25
3.3.1. <i>El abuso sexual con prevalimiento</i>	25
3.3.2. <i>Tipo agravado del artículo 181 del Código Penal</i>	28
IV. LA AGRESIÓN SEXUAL	30
4.1. Concepto	30
4.1.1. <i>Violencia</i>	30
4.1.2. <i>Intimidación</i>	32
4.1.3. <i>Diferencias entre la agresión y el abuso sexual</i>	33
4.2. Tipo básico	35
4.3. Tipo cualificado. El delito de violación	37
4.3.1. <i>Definición y características del tipo</i>	37
4.3.2. <i>Autoría o participación</i>	38
4.3.3. <i>Tipo subjetivo</i>	40
4.3.4. <i>Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal</i>	42
4.3.5. <i>Posibles concursos de delitos y el delito continuado</i>	46
V. LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES EN MENORES	49
5.1. Tipos básicos.....	49

5.2. Supuesto del artículo 183 ter del Código Penal	53
5.3. El libre consentimiento del menor	54
VI. ANÁLISIS SOBRE EL CASO “LA MANADA”	56
6.1. Introducción y contextualización	56
6.2. Primera Sentencia: «Sentencia 38/2018, de 20 de marzo de la Audiencia Provincial de Navarra»	57
6.3. Segunda sentencia: «Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre»	60
6.4. Tercera Sentencia: «Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, de 4 de julio»	62
6.5. Repercusión social del caso y consecuencias	65
VII. CONCLUSIONES	68
VIII. BIBLIOGRAFÍA	74
8.1. Normativa	75
8.2. Webgrafía	76
8.3. Índice jurisprudencial	77

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un estudio de los delitos de abuso y agresión sexual. Por ello, se hará un análisis sobre su concepto general, su regulación en el Código Penal, sus diferentes variantes y la jurisprudencia más relevante, para compararlos y poder extraer conclusiones, además de un análisis sobre la evolución del Código Penal respecto a ambos delitos.

Por último, se analizará el caso de “La Manada”, debido a su gran impacto mediático en nuestro país.

PALABRAS CLAVE: agresión sexual, abuso sexual, violación, Código Penal, Caso La Manada.

ABSTRACT: In the present paper, a research of sexual abuse and sexual assault crimes is going to be performed. It is for this reason, that an analysis of the general concept will be needed, as well as a study of the criminal regulation of the Penal Code, the crime's different variants and the most relevant jurisprudence in order to compare them and to be able to draw some conclusions. Moreover, an analysis of the evolution of the Penal Code with respect both crimes will be conducted. Finally, "La Manada" case will be deeply studied, due to its media impact in our contry.

KEY WORDS: sexual assaults, sexual abuse, rape, Penal Code, La Manada case.

INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se encuentran regulados en el Título VIII del Libro II comprendiendo los artículos 178 al 194 del Código Penal, y su actual redacción se debe en gran parte a la reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 1/2015.

Se entiende por libertad sexual la facultad que posee el ser humano de determinarse de forma autónoma en el ámbito de la sexualidad, es decir, poder elegir y practicar la opción sexual que desee en cada momento, pudiendo rechazar las proposiciones no deseadas. El objetivo a alcanzar por el Código Penal es que ninguna persona se vea forzada por otra a realizar un acto sexual sin su libre y consciente consentimiento o estando viciada su voluntad.

Por otro lado, la indemnidad tiene como objeto proteger el derecho de los menores o de las personas incapaces a no ser molestado en su terreno sexual, ya que varias de las figuras del Título VIII, el sujeto pasivo son estas dos figuras vulnerables de la sociedad.

El derecho a la libertad e indemnidad sexual se ve conectada de forma directa con varios derechos constitucionales como son la libertad, la integridad moral o el derecho a la intimidad (arts. 17, 15 y 18 CE respectivamente).

Para poder entender bien cuando se produce una agresión sexual y cuando se trata de un delito de abuso sexual, es necesario conocer profundamente la regulación y los elementos necesarios de cada uno de ellos, además de los matices que ha ido aportando la jurisprudencia de nuestros Tribunales a lo largo de los años para poder entender mejor la idea principal que quiere recogerse dentro del Código Penal.

OBJETIVOS

En este trabajo, los objetivos que intentan alcanzarse son los siguientes:

- Analizar la evolución respecto a la regulación de estos delitos, centrándonos en el delito de abuso y agresión sexual, dentro del marco legislativo del Código Penal. Del mismo modo, analizar las últimas reformas sufridas por el Código Penal.
- Estudiar todo aquello relacionado con estos delitos, es decir, todo aquello que sirve como base fundamental para poder analizar más adelante de forma más minuciosa los delitos seleccionados. Esto incluye tanto la naturaleza de estos delitos y el bien jurídico que pretenden proteger como el modo de actuación ante estos.
- Demostrar que, no solamente se debe el respeto a tales, sino demostrar también su importancia para el desarrollo total de la personalidad del individuo.
- Delimitar de la mejor forma posible el contenido, requisitos, protección y penas que engloban estos delitos.
- Estudiar todo aquello que la jurisprudencia de los diferentes Tribunales españoles ha ido estructurando conforme a los conceptos, límites y demás elementos de los delitos contra la libertad sexual.
- Analizar los casos jurisprudenciales más llamativos y sonados en el ámbito nacional y observar su impacto en la sociedad.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El reconocimiento legal de la libertad e indemnidad sexual es un hecho relativamente reciente y, en la actualidad, es el Código Penal quien se encarga de tipificar este tipo de delitos.

Entre los años 130 a.C y 530 d.C se pueden tener en consideración algunos edictos del Derecho romano privado que tenían como título «*Atentados al pudor de una mujer honrada o de un impúber*», en cual se tenía sólo en cuenta la injuria producida para establecer la pena. Entre los años 466 y 701 d.C en el Fuero Juzgo o Libro de los Jueces aparecen doce leyes que establecen como víctimas a las mujeres vírgenes o viudas que hayan sido despojadas de su virginidad o castidad. Más tarde, entre los años 1171 a 1214, en el Fuero Real de España, en su Libro IV, Título X se recogen los delitos sexuales bajo la denominación «*De los que roban o engañan a las mujeres*» siendo sujetos las mujeres solteras, casadas, desposadas o monjas cuando se trata de un solo agresor y a cualquier mujer cuando existan varios agresores¹.

En el año 1822, aparece el primero Código histórico español, el cual divide estos delitos en dos Títulos. En el Título VII de la Parte Primera se recogen los delitos de prostitución y corrupción de menores y en el Título II de la Parte Segunda los delitos de rapto, adulterio y estupro² alevoso³.

En el Código de 1848 estos delitos aparecen en el Título X «*Delitos contra la honestidad*», el cual está configurado por cinco capítulos: el adulterio, la violación, la corrupción de menores, el rapto y las disposiciones comunes. En este Código se comienza a diferenciar entre la violación y el abuso deshonesto, siendo la violación el coito heterosexual con acceso carnal por vía vaginal, y el abuso deshonesto todas las prácticas distintas al coito heterosexual pudiendo ser víctima tanto un hombre como una

¹ COBO PLANA, J.A. «*Manual de asistencia integral a las mujeres víctimas de agresión sexual: formularios y guías de exploración y toma de muestras*», Ed. Masson, Barcelona, 1998.

² Cuando hablamos de estupro entendemos la cópula con una persona entre los doce y los dieciocho años, aprovechándose de una posición de superioridad; el acceso carnal con una persona entre los doce y los dieciséis años gracias a un engaño; cualquier caso de incesto; y el coito con una mujer soltera púber o con una mujer viuda sin que exista consentimiento.

³ CADENA, F.A. «Los delitos de agresiones sexuales en el Código Penal» en “*Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales III. Derecho de extranjería, problemática de la mujer extranjera en España. Delitos sobre la libertad sexual y tráfico ilícito de personas, especial referencia a las últimas reformas legislativas*”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, págs. 229-314.

mujer⁴. En la investigación de estos delitos, era esencial demostrar que la víctima era una mujer honorable, ya que la importancia que quería recalcar el derecho penal español era la honorabilidad de las víctimas.

El Código Penal de 1870 recoge estos delitos bajo el Título «*Delitos contra la honestidad*», dividido en seis capítulos: el adulterio, la violación y los abusos deshonestos, los delitos de escándalo público, el estupro y la corrupción, el rapto y las disposiciones comunes a los capítulos precedentes. En este Código, se entendía por violación cuando se yace con una mujer usando la violencia o la intimidación, cuando se haya privada de razón o sentido o cuando fuese menor de 12 años, siendo castigada con una pena de reclusión temporal⁵.

El Código Penal de 1928 dividió dicho Título utilizado anteriormente en siete capítulos: violación y abusos deshonestos, incesto y estupro, prostitución, rapto, disposiciones comunes a los capítulos precedentes, escándalo público y adulterio y amancebamiento. La violación se definía igual que en Código anterior, teniendo una pena de prisión entre tres y doce años, sin embargo, si la mujer víctima de dicha violación era prostituta, el marco penal establecido se reducía de uno a tres años de prisión. En cuanto a los abusos deshonestos, sin acceso carnal, tenían una pena de prisión seis meses a tres años, pero si el abuso lo cometía una persona del mismo sexo que la víctima la pena aumentaba a doce años de prisión⁶.

En 1978 se despenaliza el adulterio y amancebamiento y se modifican los preceptos referentes al estupro.

En de 1983 se cambia la redacción de los delitos correspondientes a la prostitución.

En 1988 se elimina el delito de escándalo público y se sustituye por el de exhibicionismo y provocación sexual.

En 1989, con la entrada de la LO 3/1989, el Título comenzó a llamarse «*Delitos contra la libertad sexual*» ya que existía la necesidad de entender que la libertad sexual era realmente el bien jurídico atacado. Esta modificación incluyó en el delito de

⁴ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «*Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*», Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 2010.

⁵ *Op.cit.* COBO PLANA, J.A. «*Manual de asistencia integral...*».

⁶ *Op.cit.* CADENA, F.A. «*Los delitos de agresiones sexuales en...*».

violación, además de la penetración vaginal, se añadieron la anal y la bucal; y que los sujetos pasivos pudieran ser tanto hombres como mujeres⁷. Esta nueva regulación implicó la introducción de una serie de agravantes, el abandono de las locuciones de estupro o abusos deshonestos por la nueva expresión de agresión sexual y la introducción del supuesto de la violación dentro del ámbito matrimonial, sin embargo, la jurisprudencia sí decidió excluir a la cónyuge como víctima dentro del delito de violación a pesar de lo expresado por esta Ley⁸.

El Código Penal de 1995 mantuvo la regulación anterior redactando los delitos de una forma cercana a la vigente. Este Código que entró en vigor con la LO 10/1995, de 23 de noviembre, introdujo una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual, queriendo adaptar los tipos penales con el bien jurídico protegido ya que, bajo la custodia respecto a la honorabilidad de la mujer estaba oculta una situación de agravio⁹. Con este nuevo Código Penal, la violencia y la intimidación se establecen como una pauta para poder diferenciar los delitos sexuales. En esta reforma, se dividió la acción típica del delito, por un lado, la violación sólo podía consistir en penetración carnal, y por otro, en los abusos sexuales era necesario que no hubiera penetración.

En la reforma al Código Penal introducida por la LO 11/1999, de 30 de abril, se incluye el delito de acoso entre personas del mismo sexo y se reanuda el tipo específico de la violación. En su Exposición de Motivos, se determina el porqué de la modificación de estos delitos, ya que los recogidos por la Ley en ese momento no responden de forma adecuada ni en la tipificación de las conductas ni en las penas en relación con las peticiones y demandas de la sociedad a nivel nacional e internacional debido al bien jurídico que trata de proteger. El Título VIII del Código Penal pasa a denominarse «*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*». Esta modificación supone un cambio en el tiempo prescripción para los abusos sexuales en personas menores, comenzando ésta desde la mayoría de edad del sujeto. El bien jurídico protegido se amplió para los casos de menores y de personas incapaces ya que se consideraban insuficientes las normas, ya que, al exponer como bienes jurídicos perjudicados la dignidad de persona y los derechos que de ella se dependen, se pone de manifiesto el necesario acatamiento de la Constitución en su art. 10.1 que protege la

⁷ Preámbulo de la “Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal”.

⁸ *Op.cit.* NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «*Regulación histórica de...*».

⁹ Preámbulo de la “Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”.

dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son innatos y el libre desarrollo de la personalidad; lo que además se podía completar con jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para quien *«la dignidad es un valor espiritual y moral inherente de la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás»*¹⁰.

En la reforma del año 2003 se añade el acceso carnal por vía vaginal o anal de otros miembros corporales para el delito específico de violación.

A partir del Código Penal de 1995, la violencia y la intimidación se constituyen como el elemento principal para poder diferenciar el delito abuso y el delito de agresión sexual.

Entre la reforma de 2010 y de 2015, existen las siguientes diferencias en la regulación del delito de abuso y el delito de agresión:

- En el delito de abusos sexuales, en el segundo artículo que hace referencia al mismo (art. 182 CP) la persona que comete el delito puede hacerlo a través del engaño o aprovechando una situación de confianza, autoridad o influencia en la víctima; en la reforma de 2010 sólo se reconocía el engaño a la víctima.
- En esta modalidad del delito, la prisión se amplía de una reforma a otra de uno a dos años a un periodo de uno a tres años, y se elimina la pena de multa de doce a veinticuatro meses. También se amplía la edad de las víctimas de trece a dieciséis años a de dieciséis a dieciocho años.
- Se modifica el epígrafe correspondiente al Capítulo II bis del Título VIII del Libro II de *«De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años»* a *«De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años»*.

¹⁰ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ8.

- En cuanto a los abusos y agresiones a menores, se amplía la edad desde los trece hasta los dieciséis años, como ya hemos dicho anteriormente. En este caso, las penas impuestas no sufren modificación, pero si se observan algunos matices como la interposición de las mismas penas para aquellas personas que mediante la intimidación o la violencia obligara a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o sobre sí mismo; y en cuanto a las circunstancias que aumentan la pena en su mitad superior, no sólo se tiene en cuenta que el culpable ponga en peligro la vida de la víctima, sino también su salud, ya sea dolosamente o por un imprudencia grave.
- Se añaden dos artículos (arts. 183 ter y 183 quater) respecto de una reforma a otra. Se añade que el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá de responsabilidad penal a los autores de los delitos recogidos en ese capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. También se añade que la persona que contacte con un menor de dieciséis años (cambiando la edad de dieciséis a trece años como ya se entiende por lo expuesto anteriormente) a través de cualquier medio y realice actos para convencerle de realizar actos para conseguir material pornográfico o le muestre material pornográfico que se represente o aparezca un menor, será castigado por una pena de prisión de seis meses a doce años, no sólo regulando como delito cuando se contacte con ellos para concertar un encuentro.
- En las disposiciones comunes, se sustituye el concepto de «incapaz» por «persona con discapacidad necesitada de especial protección». También se añade que, las personas condenadas a prisión por uno o más delitos del Título del que estamos hablando se les impondrá además una medida de libertad vigilada una vez cumplan con su pena privativa de libertad con duración de cinco a diez años cuando alguno de los delitos fuera grave, o de uno a cinco años por uno o más delitos menos graves. Por otro lado, si el delito es cometido por un delincuente primario, el tribunal decidirá si

impone o no la medida de libertad vigilada según el nivel de peligro que suponga el autor del delito.

El juez, aparte de la pena principal, puede establecer una pena accesoria de inhabilitación para la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derecho de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años.

Por último, cuando se vean involucrados en los delitos personas menores de edad, se les impondrá a los responsables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier oficio o profesión, aunque no implique un contacto directo y regular con personas menores de edad, durante un periodo de tiempo superior de entre tres a cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad que se establezca en la sentencia condenatoria, o de dos a diez años cuando no existe pena de prisión.

La reforma propuesta por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo se llevó a cabo debido a las exigencias internacionales en el área de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. La Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, impone a los Estados miembros endurecer las sanciones de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, teniendo como consecuencia que la edad para el consentimiento sexual se eleve a los dieciséis años, y considerando delito todos los actos sexuales realizados con personas menores a esta edad, aunque se puede considerar en aquellos casos en los que se trate de una persona próxima a la menor edad y grado de desarrollo o madurez, tal y como establece el art. 183 quater del Código Penal actual. Lo que pretende esta reforma al elevar la menor edad en los menores es recalcar la importancia de que éstos son objeto de especial protección.

Tras esto, actualmente, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se recogen en el Título VIII del Libro II del Código Penal, divididos en los siguientes capítulos:

- Capítulo I: «De las agresiones sexuales» (artículos 178, 179 y 180).
- Capítulo II: «De los abusos sexuales» (artículos 181 y 182).
- Capítulo II bis: «De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años» (artículos 183, 183 bis, 183 ter y 183 quarter).
- Capítulo III: «Del acoso sexual» (artículo 184).
- Capítulo IV: «De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual» (artículos 185 y 186).
- Capítulo V: «De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y a la corrupción de menores» (artículos 187, 188, 189, 189 bis y 190).
- Capítulo VI: »Disposiciones comunes a los capítulos anteriores» (artículos 191, 192, 193 y 194).

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS SEXUALES

2.1. Fundamento y naturaleza

La existencia de estos delitos se respalda en la protección de la libertad y la capacidad de autodeterminación dentro del ámbito sexual, algo muy vinculado a la intimidad y al desarrollo de la personalidad.

Estos delitos tienen unas consecuencias y un impacto tanto para el individuo como para la sociedad de carácter muy grave, algo que ha resultado determinante para imponer el nivel de gravedad de las penas en nuestro marco legal.

En cuanto a su naturaleza¹¹, tiene un elemento de violencia, ya sea física o moral, ya que las mismas conductas, realizadas de forma voluntaria por la víctima, no resultan punibles. Se responde como autor, tanto cuando se realiza de forma directa y materialmente el hecho, y también cuando se proporciona ayuda que resulta decisiva para su realización o cuando pudiendo impedirlo no se hace. Junto a estos delitos de carácter sexual pueden producirse otros como un delito de lesiones o una detención ilegal.

El Código Penal incluye disposiciones comunes respecto a estos delitos, regulados en el Capítulo VI del Título VIII del Libro II del Código Penal (arts. 191 a 196) que son:

- Debe existir una denuncia de los hechos por parte de la víctima, su representante legal o el Ministerio Fiscal (éste último intervendrá cuando la persona agraviada sea menor, incapaz o persona desvalida) para poder investigar y perseguir los delitos.
- El perdón de la víctima no tiene como consecuencia el archivo de la causa.

¹¹Cfr.

«https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjIwsTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoARh9jzDUAAAA=WKE [consulta 25 de noviembre de 2019]».

- Los condenados por uno o más delitos de esta índole a pena de prisión, se les impondrá posteriormente medidas de libertad vigilada.
- Se agrava la responsabilidad penal cuando los autores sean ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o persona encarga del menor o incapaz, pudiendo imponerse también una pena de inhabilitación especial para ejercer la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público, profesión y oficio por un periodo de entre seis meses a seis años, o una inhabilitación para ejercer un empleo o cargo público, o profesión u oficio, durante el tiempo de seis meses a seis años.
- A los condenados también se les podrá imponer la pena de inhabilitación especial de cualquier profesión u oficio, con o sin retribución, en la que exista contacto directo y regular con personas menores de edad, durante un tiempo superior entre tres y cinco años al tiempo de la duración de la pena de prisión impuesta por la sentencia, o por un periodo de dos a diez años cuando no existe pena privativa de libertad.
- En las sentencias condenatorias se realizarán pronunciamientos respecto a la filiación y fijación de alimentos, y también sobre la responsabilidad civil de los autores.
- Cuando en la realización de los actos se utilicen locales o establecimiento, abiertos o no al público, ordenarse su cierre de forma temporal o definitiva. El cierre temporal no podrá ser superior a los cinco años y también podrá adoptarse esta decisión como medida cautelar.
- A la persona que no socorriese a otra que se encontrase indefensa o en peligro manifiesto y grave, siempre y cuando pudiera hacerlo sin ponerse en riesgo a sí mismo o a terceros, o cuando no pida ayuda pudiendo hacerlo, se le impondrá una multa de tres a doce meses.

- Si la víctima lo fuera accidentalmente por culpa la persona que omitió el auxilio, se impondrá una pena de prisión de seis a dieciocho meses. Además, cuando la víctima lo fuese por culpa de la imprudencia de un tercero, la pena de prisión sería de seis meses a cuatro años.
- Por último, el profesional que, estando obligado, deniegue la asistencia sanitaria o abandone los servicios sanitarios, produciendo así un grave riesgo para la salud, recaerá sobre él la pena del artículo procedente en su mitad superior además de la inhabilitación especial para empleo, profesión, oficio o cargo público de seis a tres años.

2.2. El bien jurídico protegido

El concepto de bien jurídico es fundamental para poder analizar el contenido de un delito, el cual se entiende como *«la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductos»*¹².

De forma tradicional, se ha entendido que el bien jurídico protegido por esta clase de delitos es la libertad sexual, por la cual *«[...] el titular de la misma determina su comportamiento sexual conforme a motivos propios en el sentido de que es él quien decide sobre su sexualidad, sobre cómo, cuándo y con quién mantiene relaciones sexuales»*¹³.

La libertad sexual debe ser completada con la indemnidad sexual, para aquellos delitos que recaen sobre menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En estos casos, ya no podemos hablar de «libertad sexual», como el elemento necesario de protección porque los sujetos sobre los que recaen son individuos que carecen de dicha libertad, ya sea provisionalmente (menores) o de forma permanente (personas con discapacidad), y carecen de autonomía para definir sus comportamiento dentro del ámbito sexual. Con esto, se pretende proteger, en caso del menor, su futura libertad sexual y su evolución y desarrollo personal sin ninguna

¹² ZAFFARONI, E., *«Manual de derecho penal, Parte General»*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987.

¹³ JIMÉNEZ, E.B., *«Problemas político-criminales actuales de las sociedades occidentales»*, Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2003, pág. 92.

injerencia o, en caso del discapacitado, impedir que terceras personas abusen de su situación¹⁴.

Esto supone proteger los derechos propios a la dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad dentro del ámbito sexual.

El contenido que recoge el Código Penal pretende que ninguna persona se vea forzada por otra al ejercicio no aceptado o no querido de su sexualidad de manera libre y consciente, o aceptado con la voluntad viciada o por menores o incapaces, y no amparar la actividad sexual de los ciudadanos.

También pueden protegerse otros bienes jurídicos como el bienestar psicológico de la persona, su desarrollo y su integración en la sociedad, debido a las graves consecuencias que producen este tipo de delitos.

También hay que tener en cuenta que: *«[...] debemos recordar que la libertad sexual como bien jurídico protegido, se concreta en dos aspectos: uno dinámico y positivo, que se refiere al libre ejercicio de la libertad sexual, sin más limitaciones que las que se deriven del respeto hacia la libertad ajena, y otro, estático y negativo, que se integra por el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual y, especialmente, por el derecho a repeler las agresiones sexuales a terceros»*¹⁵.

La elección de la libertad sexual como objeto de tutela se relaciona con la percepción de lo que supone el ámbito sexual en el día a día de una persona y, por ello, de la misión que le corresponde realizar al derecho penal en ese aspecto. La actual regulación supone una valoración positiva de la sexualidad, al quedar configurada como una de las dimensiones más valoradas a la hora del desarrollo y la autorrealización personal del ser humano. La libertad sexual se valora como una esfera de la libertad personal y del libre desarrollo de la personalidad, uno de los presupuestos básicos recogidos en nuestra Constitución (en su art. 10), siendo por ende necesario impedir aquellos comportamientos que determinan a los ciudadanos a un ejercicio de su sexualidad carente de libertad¹⁶.

¹⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *«Derecho Penal. Parte Especial»*, Ed. Tirant lo Blanch, 22ª edición, Valencia, 2019, pág. 204.

¹⁵ STS 476/2006 de 6 de mayo, FJ 2.

¹⁶ Cfr. DÍEZ RIPOLLES, J.L., *«La protección de la libertad sexual»*, Ed. Bosch, S.A., 1985, págs. 23-24.

En este aspecto, la doctrina entiende que, la libertad sexual es entendida como una parte dentro de la libertad en general, gracias a la cual podemos desarrollar nuestra propia sexualidad y disponer de nuestro propio cuerpo, siendo necesario que tenga una regulación y protección penal específica, no siendo suficiente con la protección genérica que se le concede a la libertad. La libertad sexual posee su propia independencia, el ejercicio de la sexualidad le da a su protección penal connotaciones propias y, sobre todo, con los delitos sexuales que recaen sobre menores e incapaces. El dilema particular de estos delitos recae es que, precisamente, no puede ser la libertad sexual el bien jurídico a proteger cuando los sujetos pasivos son personas que carecen de esa misma libertad, ya sea temporalmente (menores) o de forma definitiva (incapaces). Lo característico de las personas sobre las que recae esta situación es que carecen de la potestad para poder decidir acerca de su comportamiento dentro de la esfera sexual, por lo que, se trata de proteger la evolución y el desarrollo de su personalidad sin que existan trabas o impedir que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusen de dicha situación¹⁷.

La diferencia existente entre personas mayores y personas menores o incapaces en cuanto a estructurar el bien jurídico protegido lleva a imponer un criterio diferenciador, es decir, aquellos que poseen capacidad para poder expresar de forma libre su voluntad, el bien jurídico recaerá sobre la libre elección de tener o no un trato sexual y, para quienes no puedan expresar o garantizar su libre consentimiento, será el derecho a un desarrollo sexual libre y gradual sin intromisiones (o lo que entendemos por indemnidad sexual)¹⁸.

Por lo tanto, junto al bien jurídico de la libertad sexual, debe incluirse también la indemnidad sexual, que se considera propio no sólo de los menores, sino también de los mayores, ya que ambos tiene derecho a no ser molestado en el ámbito sexual por terceros.

¹⁷ Cfr. *Op. Cit.*, MUÑOZ CONDE, F., «Derecho Penal...», págs. 215 y siguientes.

¹⁸ Cfr. AROCENA G.A., «Ataques a la integridad sexual», Ed. Astrea, 2ª Edición, 2015, págs. 5-6.

2.3. El consentimiento

La ausencia de consentimiento es uno de los requisitos indispensables en los delitos sexuales, ya que su presencia validaría la acción sin poder exigir ningún tipo de responsabilidad penal. La falta de consentimiento, excepto tocamientos esporádicos, se deduce por normativa penal cuando el consentimiento está viciado o es inexistente. Por ello, el Código Penal especifica que los casos que tipifican este delito son:

- Cuando la víctima es una persona privada de sentido.
- Cuando se abusa del trastorno mental de la víctima.
- Cuando la voluntad de la víctima se vea eliminada debido al uso de fármacos, drogar o cualquier sustancia natural o química adecuada para ello.
- Cuando el sujeto activo consiga obtener el consentimiento viciado al existir una posición de superioridad respecto a la víctima, limitando así la libertad del perjudicado.

En el consentimiento es necesario apreciar un elemento objetivo, es decir, un contacto corporal con significación sexual o la imposición para que el sujeto pasivo lo lleve a cabo por sí mismo y, un elemento subjetivo, que sería el ánimo de obtener una satisfacción sexual a costa de otra persona.

El consentimiento ha de ser continuado y aparecer o seguir apareciendo en el momento inmediatamente anterior a la realización de dichos actos. *«No basta con que el sujeto pasivo de tales actos de naturaleza sexual hubiere manifestado, con anterioridad, un deseo o manifestación vaga de que únicamente una persona pudiese tocarle con exclusión de los demás, sino que el consentimiento ha de ser continuado y aparecer y/o seguir apareciendo en el momento inmediatamente anterior a la realización de dichos actos pues, si los mismos tuvieron lugar tras consumir la víctima abundantes bebidas alcohólicas, con su conciencia afectada, debe el sujeto pasivo tener la posibilidad de negar, abstenerse o desistir de la realización del acto carnal que tuvo lugar»*¹⁹. Se trata de un criterio importante ya que, para probar si hubo o no consentimiento, puede alegarse que se produjo en un momento previo, pero es lógico que el consentimiento

¹⁹ «Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, 4/2018, de 13 de junio».

debe mostrarse también, ya sea de forma tácita o expresa, en el momento inmediatamente anterior de tener relaciones sexuales. Por ello, también se entiende que cuando existe una víctima privada de sentido *«No es aceptable plantear [...] que el consentimiento dado por la víctima en la primeras relaciones sexuales mantenidas, pueda conservar su eficacia en un momento posterior en el que la mujer ya no puede decidir ni consentir»*²⁰.

El consentimiento, sea de la forma que sea, excluye la tipicidad. Los casos de error sobre el consentimiento deben ser tratados como casos de error sobre un elemento integrante de la infracción y determinan la atipicidad, al no estar prevista la comisión imprudente²¹.

²⁰ STS 318/2016, de 28 de enero.

²¹ Cfr. Op. Cit. MUÑOZ CONDE, F., *«Derecho Penal...»*, págs. 217 y 218.

III. EL ABUSO SEXUAL

3.1. Definición

El abuso sexual es aquel comportamiento que atenta contra la libertad o indemnidad sexual en el cual no media violencia o intimidación y tampoco existe un consentimiento de la víctima. También, la RAE establece como definición de abuso sexual: *«Delito consistente en la realización de actos atentatorios contra la libertad sexual de una persona sin violencia o intimidación»*²².

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también da una definición bastante adecuada del abuso sexual: *«El abuso sexual se comete cuando se pretende satisfacer el instinto sexual mediante tocamientos de la más diversa índole, siempre que dichos tocamientos afecten a zonas erógenas o a sus proximidades, debiendo buscarse el criterio para distinguir entre los actos punibles y los que no lo son en las acciones que una persona adulta consideraría razonablemente como intromisiones en el área de su intimidad sexual, susceptibles de ser rechazadas si no mediara consentimiento»*²³.

Algunos autores²⁴ entienden que el abuso sexual se caracteriza por la ausencia de consentimiento al realizar la acción sexual, en los siguientes supuestos característicos:

- a) Víctimas privadas de sentido.
- b) Víctima de cuyo trastorno mental se abuse.

En cuanto a la deficiencia mental, la escala de Wechler ha fijado las siguientes reglas: 1) severa, 25% de coeficiente intelectual, equivalente a 3-4 años de edad mental; 2) media, 50% y edad de 7-8 años; 3) leve, 70% y 9-10 años; y 4) border line, 90%, correspondiente a los 13 años. Sólo en las dos primeras se presenta relevancia típica de los hechos. Cuando la víctima presenta una deficiencia mental leve, el Tribunal Supremo suele

²² Diccionario de la Real Academia Española: [«https://dle.rae.es/abuso](https://dle.rae.es/abuso) [fecha de consulta: 13 de octubre de 2019]».

²³ STS 87/2011, de 9 de febrero.

²⁴ GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., y FIGUEROA NAVARRO, C., *«Lecciones de Derecho Penal. Parte especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)»*, Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 2ª Ed., Madrid, 2015, pág. 89.

dictar sentencias absolutorias, y siempre resultan absolutorias respecto de los border line.

- c) Cuando se anule su voluntad mediante fármacos, drogas o sustancias de efectos semejantes.
- d) Es irrelevante el consentimiento obtenido gracias a una situación de superior manifiesta respecto de la víctima de la cual se aprovecha el autor.

Además, es un elemento indispensable que no exista violencia o intimidación.

Para poder completar la definición de abuso sexual, el Tribunal Supremo entiende que se necesitan tres requisitos: *«La jurisprudencia, entiende la figura delictiva del abuso sexual integrada por tres requisitos: A) Un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significativo sexual. B) Tal elemento objetivo o contacto corporal puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de determinarse libremente en el ámbito sexual. C) Un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuridicidad la conducta, expresado en el clásico ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro»*²⁵.

La conducta típica del abuso sexual requiere que de una acción vulnera la libertad o indemnidad sexual, de modo que se imponga a la víctima un comportamiento de ámbito sexual no querida o se le mezcle dentro de un contexto sexual que no ha consentido.

Para poder señalar de forma apropiada la conducta típica es necesario definir la naturaleza del acto, es decir, debe tratarse de una acción que concibe la creación de un peligro no permitido que lesione la libertad e indemnidad sexual. Para ello, es esencial que tenga un evidente significado sexual para poder imputar la conducta típica del delito.

²⁵ STS 612/2016, de 8 de julio.

3.2. Tipo básico

El delito de abuso sexual aparece recogido en el art. 181 CP, el cual recoge lo siguiente:

«1.El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos, los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3.a o la 4.a, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180²⁶ de este Código».

El tipo básico define la conducta como la ausencia de violencia o intimidación y falta de consentimiento.

En el primer apartado del artículo anterior se recoge el supuesto de hecho básico en el que debe incurrir un sujeto imputado por un delito de abuso sexual. Es

²⁶ Estas circunstancias son: «3. ^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183 (abuso sexual a menores); y 4. ^a Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima».

característico en el delito de abuso sexual un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdicos. El Tribunal Supremo, en su sentencia 396/2018, establece en su FJ 2 que: *«Cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constituido de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena»*.

El tipo penal del delito de abuso sexual, según se cita en la STS 345/2018, de 11 de julio, se configura dentro de nuestro ordenamiento con los siguientes requisitos:

- Un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento o cualquier otro gesto que implique una significación sexual. Este elemento puede realizarlo directamente el sujeto activo sobre el cuerpo de la víctima o se puede ordenar a la víctima que lo realice sobre su propio cuerpo.
- Un elemento subjetivo que implica el ánimo o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.

En definitiva, se trata de una figura penal que consiste en la imposición coactiva de una conducta sin que medio consentimiento y sin la intervención de actitudes violentas o intimidatorias.

3.2.1. Los abusos sexuales en personas privadas de razón o de sentido o cuando se abuse de su trastorno mental

El art. 181.2 CP señala un supuesto en el que debe entenderse como no consentido el acto sexual por imposición de la ley, en tal caso, cuando se ejecuten sobre personas que se encuentren privadas de sentido o se aproveche su trastorno mental, o cuando se anule la voluntad de la persona perjudicada utilizando fármacos, drogar o cualquier otra sustancia similar. Se entiende que si el sujeto pasivo se encuentra en alguno de estos casos, no tiene capacidad para poder consentir o rechazar una relación sexual. Por trastorno mental entenderíamos cualquiera de las situaciones que determinan la exención de responsabilidad del art. 20.1º CP, siendo preciso que dicho trastorno

afecta a la capacidad de autodeterminación en el ámbito sexual y que el sujeto activo abuse de dicho del mismo, aprovechándose de la incapacidad del sujeto pasivo para entender el contacto sexual. En este precepto, se engloba también los casos de inconsciencia o durmientes y los casos en que se anula la voluntad de la víctima por medio de drogas o sustancia natural o química, por lo que si el sujeto pasivo es consciente de la ingestión de la misma, asumiendo que el acto sexual puede ocurrir, no puede hablarse abuso a no ser que el acto sexual haya sido rechazo de forma expresa anteriormente al consumo de la sustancia. Cuando el consumo provoca una privación del sentido o trastorno mental transitorio pleno, el hecho también se incluye dentro de estos supuestos, siempre y cuando no se aprecie violencia (y por tanto, tratarse de una agresión sexual)²⁷.

Existe una perspectiva que expone el problema de la capacidad de autodeterminación de las personas que se encuentran enajenadas dentro del ámbito de la sexualidad, y el Tribunal Supremo aprecia que: «[...] el legislador quiere buscar un equilibrio entre dos situaciones extremas igualmente razonables: que un enajenador jamás pueda tener relaciones sexuales con personas que gocen de una normal imputabilidad ya que, al hacerlo, se cometería un delito, por una parte, y, por otra, que cualquier persona puede impunemente aprovecharse de esta situación de anormalidad psíquica con olvido de la protección que tales personas merecen, precisamente para garantizar que su limitada esfera de libertad se pueda ejercer con profundo respecto a su personalidad dentro de su propia patología²⁸».

3.2.2. El abuso sexual fraudulento

Este tipo de abuso sexual se recoge en el art. 182.1 CP: «El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años». También el art. 182 CP, en su segundo apartado, establece un tipo agravado de esta modalidad, que analizaremos más adelante.

²⁷ Cfr. Op. Cit. MUÑOZ CONDE, F., «Derecho Penal...», págs. 219 y 220.

²⁸ STS 344/2005, de 18 de marzo, Fundamento de Derecho Segundo.

Los requisitos necesarios para que se de esta categoría de abuso sexual resultan evidentes: que la víctima debe tener entre dieciséis y dieciocho años; y existencia de un engaño evidente, a través del cual se consiga el consentimiento de la víctima.

Respecto al engaño, debe tener dos componentes, es decir, uno objetivo que sería la propia mentira, y uno subjetivo, que es el ánimo de engañar a la víctima. A la hora de valorar el engaño debe tenerse en cuenta las circunstancias personales de la víctima y no parámetros universales. Por ejemplo, la STS 1229/2011, de 16 de noviembre entendió que, para el caso en cuestión, la hipotética promesa de un matrimonio entre el sujeto activo y el pasivo resulta insuficiente para demostrar que sin esa promesa no hubiera llegado a producirse el encuentro sexual.

3.3. Tipos agravados del delito de abuso sexual

3.3.1. El abuso sexual con prevalimiento

El abuso sexual con prevalimiento es una figura penal recogida en art. 181.3 CP consistente en que el consentimiento o voluntad de la víctima se ha conseguido mediante el uso de la superioridad o el engaño del sujeto activo.

Según la STS 1518/2001, de 14 de septiembre, establece que para la obtención del consentimiento se exigen tres requisitos:

- Una posición de superioridad manifiesta respecto a la víctima.
- Que esa posición ayude a cohibir la libertad de la víctima.
- Que el sujeto activo, al ser consciente de la posición de superioridad y que sus efectos coartan la libre decisión de la víctima, se aproveche de ella para obtener el consentimiento.

El Tribunal Supremo, en una de sus sentencias, se pronuncia sobre el prevalimiento expresando lo siguiente:

«En relación a los delitos contra la libertad sexual, que constituyen un específico ámbito de actuación del prevalimiento, esta Sala ha descrito

el prevalimiento como el modus operandi a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: a) Situación manifiesta de superioridad del agente. b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima y c) Que el agente, consciente desea situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevenga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima. En reiterados precedentes – cfr. por todos SSTs 1165/2003, 18 de septiembre y 785/2007, 3 de octubre -, hemos declarado que: el prevalimiento típico exige una relación de superioridad del sujeto activo con respecto al pasivo que debe ser aprovechada por el primero para la relación del acto atentatorio a la libertad sexual. En tanto que el primero puede ser constatado de forma objetiva, el segundo, el aprovechamiento de la situación ha de ser inferido de forma racional por el órgano jurisdiccional y debe expresarlo en la sentencia. Y en la STS 935/2005, de 15 de julio, dijimos que el prevalimiento [...] se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad para decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta»²⁹.

También la STS 166/2019, de 28 de marzo define el prevalimiento estableciendo que: *«[...]tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima».*

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 132/2016 de 23 de febrero señala la diferencia entre el prevalimiento y la intimidación respecto a estos delitos, algo que marca la diferencia a la hora de condenar a una persona por un delito de abuso sexual o

²⁹ STS 834/2014, de 10 de diciembre.

por un delito de agresión sexual. El elemento relevante para su distinción es la falta de un comportamiento coercitivo necesario para conseguir el consentimiento, que no existe en los casos de prevalimiento pero sí con la intimidación. Entendemos el prevalimiento como la presencia de una situación de superioridad que resulta suficiente para limitar la libertad de la víctima, sin que sean necesarios actos amenazantes y, por otro lado, la intimidación implica, la presencia de un mal como elemento que reduce o incluso elimina la capacidad de decisión de la víctima. En el prevalimiento, la situación que en sí consigue limitar la capacidad y libertad de decisión es una intimidación en menor grado, que disminuye la libertad de forma considerable. Con todo esto, entendemos que aunque el prevalimiento no implique una conducta coactiva, es posible que la posición de superioridad haya sido creada por el autor a través de actos intimidatorios para decretar la existencia de una agresión, pero que unidos a otras circunstancias estructuran una situación de superioridad que el autor utiliza a su favor para cometer el delito³⁰.

Por lo tanto, los elementos necesarios para que exista prevalimiento son:

- Una situación de superioridad manifiesta.
- Influir en la libertad de decisión la víctima, privando o reduciendo la misma.
- Ser consciente de esa situación de superioridad y de sus efectos en la libertad de decisión de la víctima, haciéndose valer de ella para conseguir el consentimiento de la víctima.

Por ello y, en definitiva, la Tribunal Supremo, en su Sentencia 305/2013, de 12 de abril, expresa que: *«El abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad para decidir libremente, lo que convierte su comportamiento abusivo»*.

³⁰ Cfr. GAVILÁN RUBIO, M., «Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia», en “Revista de Derecho, Empresa y Sociedad”, núm. 12, enero 2018, págs. 79-81.

Además, esta misma sentencia también manifiesta: *«Lo que verdaderamente importa es que el prevalimiento sea idóneo, en el sentido de que evitar a la víctima actuar según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá, lógicamente, del caso concreto, pues no basta examinar únicamente las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción, y es preciso que exista una situación que de algún modo presione a la víctima (es decir, una situación de superioridad privilegiada) que pueda considerarse suficiente para debilitar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. En cualquier caso, no es preciso que sea irresistible, ya que no estamos en presencia de una agresión sexual, y en tal sentido no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta el punto de poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe ser orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante esa situación de prevalimiento».*

Por último, es posible que la distinción entre la intimidación y el prevalimiento pueda ser difícil de percibir en casos extremos como puede ser la diferencia entre un consentimiento reducido por la amenaza de un mal y un consentimiento viciado que responde al tipo del abuso donde la víctima también se siente intimidada. No obstante, lo importante debe ser la acción intimidatoria que realiza el autor más que resistencia de la víctima a ésta, ya que el miedo es una circunstancia subjetiva que no puede modificar en intimidatoria una acción que en sí misma no lo es de forma objetiva³¹.

3.3.2. Tipo agravado del artículo 181 del Código Penal.

El art. 181.4 establece una pena de prisión cuatro a diez años cuando al abuso sexual *«consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las primeras vías».*

³¹ Cfr. Op. Cit. GAVILÁN RUBIO, M., *Agresión sexual y abuso...*, pág. 82.

Del mismo modo, el art. 181.5 establece que las penas señaladas en este artículo, es decir, el tipo básico de abuso sexual (prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses) y el abuso cualificado por acceso carnal (señalado en el punto anterior), se impondrán en su mitad superior cuando concurren las circunstancias 3ª o 4ª del art. 180.1:

- Cuando la víctima resulte especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.
- Cuando para la realización del delito, el autor se haya aprovechado de una situación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines respecto de la víctima.

IV. LA AGRESIÓN SEXUAL

4.1. Concepto

Nuestro Código Penal recoge este delito en el art. 178 CP, estableciendo que *«el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años»*.

Existe la agresión sexual sin acceso carnal, que consiste en tocamientos, caricias o incluso besos, siendo realizada también de forma violenta o intimidante, sin embargo, el delito de violación tiene nombre propio dentro de este tipo de delitos (y donde vamos a centrar la mayor parte de la atención en este apartado).

La agresión significa que el autor debe de tener contacto corporal con la víctima, ya que si no el delito se cometería en grado de tentativa. Este delito sólo podrá cometerse con dolo, no cabe la imprudencia³².

Los elementos que se observan dentro de la agresión sexual son³³:

- Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier tipo de acto con significado sexual.
- Que el elemento objetivo se realice con intervención de violencia o intimidación.
- Un elemento subjetivo que se expresa a través del propósito de obtener una satisfacción sexual.

4.1.1. Violencia

Se entiende violencia como la fuerza física dirigida contra el cuerpo de la víctima sin necesidad de que sea excesiva, lesiva o se necesite una resistencia desmesurada por parte de la víctima, pero sí es necesario que exista una demostración

³² «<http://www.enciclopedia-juridica.com/d/agresiones-sexuales/agresiones-sexuales.htm> [consulta 8 de noviembre de 2019]».

³³ Cfr. Op. Cit. GAVILÁN RUBIO, M., «Agresión sexual y abuso...», pág. 4.

de que hubo fuerza suficiente como para anular la voluntad de la víctima e imponer la del agresor. La violencia y el acto contra la libertad sexual deben tener una relación de medio a fin. Esto es la *vis física*, en la cual no es necesario que existan lesiones, sino sólo que se produzca la disminución o eliminación de la voluntad de la víctima.

En la violencia debe tenerse en cuenta la magnitud de la misma y las circunstancias que rodean al hecho. Además, la STS 344/2019, de 4 de julio, entiende que también tiene importancia la edad y la constitución física de los sujetos que intervienen, además del contexto y circunstancias que rodean a la agresión.

La violencia típica en este delito debe ser idónea para que la víctima no sea capaz de actuar bajo su propia voluntad, sin necesidad de que sea objetivamente irresistible o que la víctima se haya resistido hasta el límite de sus posibilidades³⁴.

En definitiva, hay violencia cuando se aplica *vis absoluta*, o cuando se oponga una violencia física que podrá aumentar conforme lo haga la resistencia de la víctima. No es necesaria una continuada resistencia, pero debe existir una adecuación entre la violencia empleada y la agresión sexual³⁵.

Con la intervención de la violencia, bastará con acreditar que se produjo una violencia idónea para doblegar la voluntad del sujeto pasivo³⁶. Esto se ha ido notando a lo largo de los años con la evolución de la jurisprudencia como se puede observar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1995: «[...] *lo verdaderamente importante en la violación, desde el punto de vista jurídico, es saber de la intencionalidad decidida del violador, es saber de los medios empleados en su ataque físico o moral. Porque en cuanto a la resistencia que el sujeto pasivo por su parte ofrece, ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía fuera ésta trascendente, casi heroica, estimándose suficiente una resistencia seria, más tarde definida como razonable, cuando incluso se llega a prescindir por completo de las características de una actitud defensiva que, sin otra eficacia jurídica, sólo puede hacer peligrar incluso la vida misma*»³⁷.

³⁴ «<https://www.iberley.es/temas/delito-agresiones-sexuales-47941> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2019]».

³⁵ Cfr. *Op. Cit.* MUÑOZ CONDE, F., «Derecho Penal...», pág. 208.

³⁶ MORALES PRATS, F. «Comentarios al Nuevo Código Penal», Ed. Aranzadi, 1996, pág.872.

³⁷ GOENAGA OLAIZOLA, R., «Delitos contra la libertad sexual», en “*Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*”, Nº. Extra 10, 1997, pág.99.

4.1.2. Intimidación

La intimidación dentro de este tipo de delitos sería aquella fuerza psíquica moral o *vis compulsiva* que tiene como objetivo el propósito de causar un mal al sujeto pasivo, consiguiendo someter la voluntad de la víctima. Es necesario que el mal sea ilícito y antijurídico, y de suficiente entidad, grave, real y próximo, entendiéndose como un mal grave aquel que afecte a bienes jurídicos esencial como son la vida y la integridad física³⁸.

La intimidación equivale a una amenaza pero debe tener cierta gravedad y tener conexión con la agresión sexual. La gravedad de la intimidación y su capacidad para para constituir dicho delito puede derivar en un problema de adecuación de la acción para intimidar, siendo necesario que la gravedad del mal que sirve de amenaza pueda medirse objetivamente y tenga un carácter de inmediatez respecto de la realización del delito³⁹. El hecho de que a la víctima se le presenten dos males de forma simultánea, debido a la amenaza por parte del sujeto activo, sitúa a ésta en una situación en la que elige el mal que en ese momento considera de menor gravedad.

Respecto a la gravedad de la intimidación, la STS 609/2013 entiende que: «*Para apreciar la intimidación este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. La intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento,*

³⁸ «<https://www.iberley.es/temas/delito-agresiones-sexuales-47941> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2019]».

³⁹ Cfr. *Op. Cit.* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, págs. 208 y 209.

paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto pasivo».

Además, la sentencia anterior, también entiende respecto del grado de intimidación que se debe valorar que: *«Si éste (el sujeto activo) ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta. También ha señalado la doctrina de esta Sala que la intimidación, a los efectos de integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado».*

4.1.3. Diferencias entre la agresión y el abuso sexual

La principal diferencia entre estos dos tipos de delitos sexuales se establece en el modo de obtener el consentimiento de la víctima. En el delito de abuso sexual, el consentimiento se obtiene por medio de vicios o utilizando el estado de incapacidad de la víctima, mientras que, en la agresión sexual, el sujeto activo impone su voluntad a través de la fuerza o violencia o por medio de la intimidación.

El Tribunal Supremo nos ayuda a distinguir entre la intimidación, que podemos observar en las agresiones, con la falta de consentimiento, más propio de los delitos de abusos:

«En el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, y en el delito de agresión sexual, la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación. Dicho de otro modo, el delito de abuso sexual supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley, y por eso el Código Penal se expresa disponiendo que se consideran abusos sexuales no consentidos. En todos ellos la víctima o era incapaz de negarse a mantener

cualquier tipo de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad. En el delito de agresión sexual tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis phisica o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en la sentencia 953/2016, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec. 986/2016 de 15 de Diciembre de 2016, que la intimidación empleada no ha de ser tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por vencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que -sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males»⁴⁰.

Sin embargo, es la STS 13/2019, de 17 de enero⁴¹ donde mejor se deja constancia de cuál es la mejor fórmula para distinguir entre el delito de agresión sexual y de abuso sexual. Es obvio que la diferencia se comprueba por la concurrencia o no de violencia o intimidación en la realización de los actos de los que resulta el delito. El art. 178 CP establece que para la agresión sexual es necesario el empleo de violencia o intimidación durante el ataque a la libertad sexual de la persona y; el art. 181 CP respecto del abuso sexual se entiende que el ataque a la libertad sexual de una persona sin violencia o intimidación, siendo evidente que ambos delitos no hay consentimiento. No es necesario que la violencia presente dentro de la agresión sexual resulte lesiva para la víctima, sino que sólo es necesario que la misma sirva para someter o imponer su posición y poder atacar su libertad sexual. La violencia es un acto de empleo de la

⁴⁰ STS 216/2019 de 24 de abril.

⁴¹ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo de la citada sentencia.

misma sobre el cuerpo de la víctima para poder vencer su voluntad, sin necesidad de un acto que cause lesión, mientras que, en el abuso sexual no existe dicha violencia.

4.2. Tipo básico

El tipo básico se encuentra regulado en el art. 178 CP: *«El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años»*.

Este tipo sólo exige la existencia de un atentado contra la libertad sexual en el que concurren violencia o intimidación. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido una serie de requisitos necesarios para recaer en este tipo de conductas⁴²:

- Debe existir contacto físico entre los sujetos.
- El contacto debe ser en zonas erógenas, y debe tener cierta importancia y gravedad respecto a las circunstancias. Este contacto puede tener múltiples variedad, excluyendo el acceso carnal⁴³.
- El contacto debe de tener cierta duración, no puede ser un contacto fugaz.
- Debe existir un elemento subjetivo referido al ánimo, es decir, un comportamiento libidinoso (sólo compartido por una parte de la doctrina).

Los sujetos, tanto activo como pasivo, pueden ser cualquier persona, ya sea hombre o mujer. En este sentido, también pueden ser sujetos pasivos las prostitutas y el cónyuge o una persona unida por relación análoga.

Respecto al elemento subjetivo del delito de agresión sexual, es decir, el dolo, se entiende como el desarrollo de un acto violento o intimidatorio de forma voluntaria para poder conseguir un contacto corporal sabiendo el significado sexual del mismo. El

⁴² «<https://www.iberley.es/temas/delito-agresiones-sexuales-47941> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2019]».

⁴³ STS 1185/1997, de 7 de mayo de 1998.

sujeto activo tiene que tener que ánimo de querer agredir a la víctima, sin ser necesario exista un ánimo lascivo⁴⁴.

Tanto en el tipo básico como en los demás tipos que se puedan dar dentro de las agresiones sexuales, es necesario decir que pueden ir acompañados de otros delitos como lesiones, o incluso más graves como pueden ser el homicidio o el asesinato. Por ejemplo, en el caso de que la agresión sexual derive también en un delito de asesinato, el art. 140.1.2 CP establece lo siguiente: *«El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] 2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima»*.

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que, por violencia ha de entenderse agresión y, dada la entidad de la pena, ésta absorbe las coacciones y las lesiones, sólo si constituyen un delito leve (lesiones menores graves recogidas en el art. 147 CP), entrando en concurso a partir de aquí con el delito. Respecto de la intimidación ha de ser la ejecución de hechos comprendidos dentro del delito de amenazas, que también se considera absorbido por dicho delito⁴⁵.

Respecto de los sujetos activo y pasivo dentro del tipo básico, puede serlo cualquier hombre o mujer, aunque es evidente pensar que el acceso carnal mediante el miembro viril es algo imposible para una mujer (necesario dentro del tipo cualificado de violación), si podrá recaer dentro de las exigencias del tipo con la introducción de objetos o de miembros corporales (como pueden ser los dedos). Tampoco se tendrán en cuenta aspectos como la promiscuidad, la costumbre sexual de la víctima, la honestidad o cualquier otro aspecto moral. No existen restricciones en la edad de los sujetos, pero sí podría aplicarse un tipo distinto en el caso de que la víctima fuese menor de dieciséis años (art. 183 CP)⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. Op. Cit. MUÑOZ CONDE, F., *«Derecho Penal...»*, pág. 210.

⁴⁵ Cfr. Op. Cit. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., y FIGUEROA NAVARRO, C., *«Lecciones de Derecho Penal...»*, pág. 87.

⁴⁶ Cfr. Op. Cit. GOENAGA OLAIZOLA, R., *«Delitos contra la libertad...»*, pág. 98.

4.3. Tipo cualificado. El delito de violación

4.3.1. Definición y características del tipo

El delito de violación aparece en el art. 179 CP y destaca entre el resto de agresiones sexuales y en el propio Título en el que se encuentra, ya que es el delito más grave de los que se regula.

Este artículo regula lo siguiente: *«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años».*

La doctrina jurisprudencial define el delito de violación como *«aquella agresión sexual cualificada consistente en el coito vaginal, anal o bucal, entendido por tal la conjunción de miembros genitales del hombre y de la mujer, completa o incompleta, mediante la penetración parcial o plena del miembro viril en la vagina o en la introducción de objetos en la vagina, ano o boca, si el objeto tuviera una connotación sexual, del sujeto pasivo usando para ello violencia o intimidación»*⁴⁷.

Es decir, la acción que castiga la violación consiste en:

- El acceso carnal vaginal, anal o bucal de otra persona, siempre y cuando se realice con el miembro viril. Es necesario que intervengan tanto un sujeto activo como un sujeto pasivo, siendo imposible la realización entre mujeres. No se exige la eyaculación o la rotura del himen para considerarse consumado. Este acceso carnal sería la diferencia entre el delito de agresión sexual básico y el específico de violación.
- La introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal. El objeto es necesario que sea material y de cierta contundencia, es decir, que sirva de sustituto para los genitales masculinos. En el caso de utilización de animales, se consideraría actuación con instrumentos.

⁴⁷

«https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTUxNDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA0_oKBTUAAAA=WKE [fecha de consulta: 2 de enero de 2020]».

- Es necesario que exista violencia o intimidación en la realización de alguna de las acciones anteriores.

Respecto de los sujetos activo y pasivo, como ya se ha matizado anteriormente, pueden ser de cualquier sexo, aunque resulta lógico que dentro del acceso carnal vaginal, solamente el hombre podrá ser el sujeto activo y la mujer el sujeto pasivo de la agresión. Por otro lado, respecto al acceso carnal anal o bucal, aunque el sujeto pasivo puede ser cualquiera, respecto al sujeto activo sólo podrá serlo un hombre. Pero, respecto a la introducción de otros miembros corporales u objeto, sea cual sea la vía utilizada, el sujeto activo y el sujeto pasivo puede ser de ambos sexos.

4.3.2. Autoría o participación

Tradicionalmente, sólo resultaba punible la figura del sujeto que realizaba la acción sexual, sin embargo, a día de hoy, encontramos también figuras como la coautoría, el cooperador necesario y el cómplice.

El art. 180.1 CP, en su apartado 2 hace referencia a la actuación conjunta de varias personas, es decir, coautores de un delito de agresión sexual, entendiendo que existe una superioridad contra el sujeto pasivo frente a la dicha actuación, además de una incrementada intimidación que disminuye tanto la capacidad de resistencia de la víctima como su propia defensa. Aunque la autoría se considere individual, es entendible la agravación de la pena cuando intervienen más de una persona en los hechos. En la STS 194/2012, de 20 de marzo, el Tribunal Supremo afirma que *«el artículo 180.1.2ª del Código Penal prevé una pena superior para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, no sólo por la mayor gravedad que supone la existencia de un acuerdo, anterior o simultáneo, para la ejecución de hecho de esta clase, sino por la mayor indefensión en que se encuentra la víctima ante un ataque desarrollado por varias personas»*. Esto ocurriría en el caso de que, por ejemplo, varias personas agredan sexualmente a otra con un intercambio de papeles siendo primero uno el que intimida y otro el que agrede y, después al contrario.

Respecto del cooperador necesario, gracias a la STS 344/2019 de 4 de julio, se entiende que *«será cooperador necesario, no solo el que contribuye o coadyuda al*

acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única joven y en solitario». Por lo tanto, se aplicaría el art. 28 CP, castigando como autores a aquellas personas que cooperan en la ejecución del delito y sin los cuales no se hubiera podido efectuar. También la STS 1291/2005, de 8 de noviembre habla sobre el concepto de cooperación necesaria, el cual «[...] se extiende también a los supuestos en que, aun existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental».

Por otro lado, podemos entender que existe también variante en la autoría que sería la comisión por omisión⁴⁸. El art. 11 CP establece los requisitos para que se pueda exigir la responsabilidad en los casos de comisión por omisión siendo estos: la existencia de un delito que no se hubiera producido sin la existencia de la acción que se omitió, que la no actuación constituya la infracción (ya sea porque tenga la obligación legal de actuar o porque su omisión haya creado un riesgo que pone en peligro el bien jurídico dañado), y que la producción del delito a virtud de esa omisión sea igual a su causación. Por lo tanto, también será penada la comisión por emisión, cuando el garante no impida o ayude a la víctima en una posible agresión sexual.

Por último, podríamos hablar sobre la figura del cómplice, en el caso de encontrarse un tercero sin realizar ningún acto sexual durante la realización del delito, sólo como mero espectador. En este caso, la jurisprudencia entiende que debe encontrarse en una posición de garante para poder ser condenador por este delito, de no ser así, se le imputaría el delito de omisión de socorro recogido en el art. 450 CP.

⁴⁸ Cfr. «<https://www.iberley.es/temas/autoria-participacion-delito-agresion-sexual-63821> [fecha de consulta: 2 de enero de 2020]».

4.3.3. Tipo subjetivo

El delito de violación se trata de un delito doloso, es decir, es necesario que exista un dolo directo que puede ser ocasionado ya sea por la propia penetración o mediante el uso de instrumentos. El dolo es un elemento que supone el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y del resultado de la acción, por lo tanto, cuando dicho conocimiento resulte equivocado o se trate de un juicio falso o falta de conocimiento, esto influirá sobre la culpabilidad, distinguiéndose entre un error de tipo (conocimiento equivocado sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo) o un error de prohibición (creencia errónea sobre la acción realizada, pensado el autor que es lícita)⁴⁹.

Respecto a los errores de tipo y de prohibición se han dado en un número de casos muy limitado ya que, en la mayoría de los casos, han resultado desestimados por los Tribunales. Los casos que tratan suelen sobre relaciones sexuales con personas menores de la edad prevista dentro del Código Penal. En la STS 97/2015 de 24 de febrero, el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor tenga en cuenta la edad del menor implicado (en este caso, trece años). También la STS 2173/2009, de 2 de abril señala que: *«[...] para apreciar cualquier tipo de error jurídico ha de atenderse a las circunstancias objetivas y a las subjetivas del agente, sus condiciones psicológicas y de cultura así como a las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a los medios que permitan conocer la transcendencia jurídica de su obra, así como la naturaleza del hecho delictivo y sus características. [...] el acusado y la víctima, son ecuatorianos, y pertenecientes a una cultura que permite y consiente las relaciones y matrimonios con personas de doce y trece años, debe entenderse concurrente el error sobre la tipicidad del hecho. [...] concurre el error de prohibición invencible sobre el conocimiento de mantener relaciones sexuales con un menor de 13 años era delictivo»*.

En este apartado también debemos hablar sobre la consumación dentro del delito de violación. Se trata de un delito de mera actividad, y no cabe la tentativa acabada, ya que no es necesaria la eyaculación ni la penetración completa, y bastando el coito

⁴⁹ «<https://www.iberley.es/temas/tipo-subjetivo-delito-agresion-sexual-63818> [fecha de consulta: 2 de enero de 2020]».

vestibular⁵⁰ y, en el acceso por vía bucal, existirá la consumación cuando el pene traspasa la línea de los dientes aunque no se produzca la eyaculación⁵¹.

Sin embargo, podrá existir tentativa inacabada, cuando se interrumpa la acción, por ejemplo, por los gritos y defensa de la víctima, por su huida o por el auxilio prestado por otras personas⁵², pero sería necesario que se haya iniciado alguno de los actos tipificados por el Código Penal. También puede ser que el sujeto activo desista de los actos, pero en este caso, se entendería como un delito consumado.

Cuando el autor pretende tener acceso carnal por alguna de las tres vías posibles y, para ello emplea violencia o intimidación, pero desiste de forma voluntaria antes de conseguir su objetivo, la eficacia liberadora de pena del desistimiento impide que se le castigue por tentativa del tipo cualificado del art. 179 CP, pero sí se le puede castigar en su caso por el tipo básico del art. 178 CP, siempre que haya llegado a existir contacto corporal de naturaleza sexual sin existir consentimiento.⁵³

La STS 796/2011, de 13 de julio recoge lo que la doctrina ha establecido respecto a la tentativa en el delito de violación: *«El fundamento del criterio punitivo del grado de ejecución alcanzando (tentativa acabada o tentativa inacabada) radica en el peligro generado por la conducta, por lo que se está sustancialmente ante el mismo fundamento que el del otro parámetro legal: el peligro inherente al intento, descansando ambos en el principio de ofensividad del bien jurídico. El texto legal parte de la premisa de que, cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito, por lo que mayor es el riesgo generado y el peligro de la conducta»*.

Atendiendo a esto, es razonable entender que la tentativa inacabada conlleve una pena menor que acabada, teniendo, como regla general, la reducción en un grado con la tentativa acabada, y la reducción en dos grados con la tentativa inacabada.

⁵⁰ La STS 1798/2001, de 13 de octubre de 2001 entiende que *«[...] existe acceso carnal en los supuestos denominados de coito vestibular que afecta a los órganos genitales externos, en cuanto los labios maius y minus forma con la vagina una unidad, de ahí que su contacto periférico, con penetración en el exterior vaginal produzca los mismos efectos penales que la total introducción en la vagina propiamente dicha [...]»*

⁵¹ Cfr. Op. Cit. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., y FIGUEROA NAVARRO, C., *«Lecciones de Derecho Penal...»*, pág. 88.

⁵² Op. Cit. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., y FIGUEROA NAVARRO, C., *«Lecciones de Derecho Penal...»*, pág. 88.

⁵³ Cfr. Op. Cit. MUÑOZ CONDE, F., *«Derecho Penal...»*, pág. 214.

4.3.4. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

Las circunstancias modificativas, al ser situaciones que rodean tanto a la realización del hecho como al autor de las mismas, se deben tener en cuenta a la hora de individualizar la pena correspondiente, pudiendo ser atenuantes o agravantes.

Respecto de las atenuantes⁵⁴, recogidas por el art. 21 CP, podrían resultar de aplicación para este delito:

- Grave adicción a las drogas.
- La actuación por estímulos tan fuertes que hayan producido una situación de arrebato, obcecación o un estado pasional similar.
- Eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica, siempre que el sujeto no pueda comprender la ilicitud del hecho o que actúe conforme a esa incomprensión. Si el trastorno mental transitorio hubiese sido provocado por el propio sujeto a propósito para cometer el delito o hubiera podido prever la comisión del mismo, no resultará aplicable. También se debe tener en cuenta las medidas de seguridad que pueda llegar a imponer el Juez en estos casos (arts. 99 y 104 CP).

También se puede ocurrir que, dicha eximente, sea completa, consiguiendo la completa inimputabilidad del sujeto, ya sea por anomalía o alteración psíquica (art. 20.1º CP) o por estado de intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u cualquier otra con efectos similares, siempre y cuando este estado no haya sido buscado por parte del sujeto activo para cometer el delito o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia (art. 20.2º CP). En este caso, solo podría imponerse la correspondiente medida de seguridad alternativa a la pena (arts. 101 y siguientes CP).

Respecto a las agravantes, el art. 180 recoge una serie de circunstancias que agravan la pena, tanto del tipo básico de agresión sexual (de cinco a diez años) como del tipo cualificado de violación (de doce a quince años), imponiéndose las penas en su mitad superior cuando concurren dos o más circunstancias de las siguientes:

⁵⁴ Cfr. *Op. Cit.* MUÑOZ CONDE, F., «*Derecho Penal...*», pág. 216.

- Cuando la violencia o intimidación ejercidas posean un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Esta circunstancia agravante impide la concurrencia del delito contra la integridad moral, debido al principio *non bis in ídem*.

Aunque se entiende que, una agresión sexual ya constituye por sí misma una humillación para la víctima, esta circunstancia se aplicará cuando dicha humillación sea desproporcionada.

La doctrina establecida por el Tribunal Supremo expone que: *«Toda agresión sexual, que se realiza por la fuerza o con intimidación, necesariamente supone un cierto grado de brutalidad y determina vejación, menosprecio y humillación para la víctima del hecho. Por ello mismo, para que acción del sujeto activo sea merecedora de la agravación legal, es menester la concurrencia de un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda violación, los delitos de agresión sexual tienen en sí mismos un componente que implica necesariamente la degradación, humillación y vejación de las víctimas, en cuanto que mediante el empleo de la violencia o intimidación se vulnera un ámbito de intimidad y libertad de tanta importancia y trascendencia para la persona como es el de su sexualidad. Solo será aplicable cuando éstas, la violencia o intimidación, superen con claridad los niveles propios del delito, es decir, cuando revistan un carácter particularmente degradante y vejatorio. Tal ocurrirá cuando se aprecie, al lado de la conducta descrita en el tipo del artículo 178 y 179, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución el tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual»⁵⁵.*

El Tribunal Supremo también aprecia que esta circunstancia agravante también deberá aplicarse también respecto a la situación a la que se impone al perjudicado, es decir: *«Lo que sanciona el precepto es el plus de antijuridicidad que representa el modus operandi del autor cuando*

⁵⁵ STS 675/2009, de 20 de mayo.

las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima»⁵⁶.

- Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

Esta circunstancia trata de castigar los casos de violencia sexual múltiple, ya que suponen una reducción mucho mayor de la voluntad de la víctima. No obstante, no podrá aplicarse cuando intervienen dos o más personas y todas son autores del delito o cooperadores necesarios de la otra agresión, ni podrá aplicarse la agravante genérica de superioridad, ya que se incurriría en el principio *non bis in idem*.⁵⁷

La delimitación del alcance agravatorio de esta circunstancia, teniendo su base en los siguientes motivos: «A. *En la acusada superioridad que proporcionada al sujeto activo la intervención de otros. B. Se produce un mayor aseguramiento de los designios criminales, al intensificarse la intimidación con la efectiva disminución de la capacidad de resistencia de la víctima. C. Existen menos posibilidades de defensa de la víctima y por el contrario mayores facilidades para plegarse a las pretensiones de los agresores, consecuencia de la mayor potencialidad lesiva. D. Mayores dificultades para defenderse o intentar la huida. Facilita la ejecución del delito para la mayor indefensión que ocasiona. La ratio agravatoria coincidiría con las circunstancias genéricas de abuso de superioridad, cuadrilla (ya derogada), auxilio de otras personas, etc., que se contienen en el número 2 del art. 22 del Código Penal, al que se debería acudir de no existir el presente subtipo agravado (art. 180.1.2º del CP)»⁵⁸.*

- Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, ya sea por su edad, enfermedad, discapacidad o situación.

⁵⁶ STS 812/2003, de 3 de junio.

⁵⁷ Cfr. BOIX REIG, J., «Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I: La protección penal de los intereses jurídicos personales», 2ªEd. Madrid, 2016, pág. 366.

⁵⁸ STS 585/2014, de 14 de julio.

Respecto a la edad, hace referencia a las víctimas que se encuentren entre los dieciséis a los dieciocho años, ya que las agresiones sexuales a menores de dieciséis años tienen una tipificación diferencia en el Código Penal (art. 183) y, también, a personas de avanzada edad.

En cuanto a la situación y la enfermedad, la STS 131/2007, de 16 de febrero entiende que es necesario *«Acreditar la existencia de una vulnerabilidad que, anclada en la edad o en la enfermedad, o en la cláusula excesivamente abierta que supone la situación, patentice una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente a la acción violenta o intimidatoria de que es objeto la víctima, en definitiva, esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual»*.

- Cuando el sujeto activo se ha aprovechado de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, respecto de la víctima, para poder cometer el delito.
- Cuando el autor utilice armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o lesiones como pérdida o inutilidad de órganos principales, sentidos miembros o similares, sin perjuicio de la pena que pueda imponerse respecto a la muerte o lesiones causadas.

Será necesario el uso de armas, no el hecho de exhibirlas. Estas armas deben producir lesiones graves, ya que el hecho de que las lesiones que puedan producir sean mínimas, tendrá como consecuencia un concurso de infracciones, es decir, si el daño mínimo tiene lugar, se subsumirá en la lesión y no será de aplicación esta circunstancia.⁵⁹

La STS 96/2006, de 7 de febrero entiende que *«la cualificación debe reservarse para los supuestos en que el arma se usa contra una zona vital del cuerpo de la víctima, aunque no se materialice la agresión,*

⁵⁹ Cfr. Op. Cit. BOIX REIG, J., *«Derecho Penal. Parte Especial...»*, pág. 367.

evidenciando más ostensiblemente el propósito agresivo del autor y sintiendo el ofendido más de cerca el peligro que sobre él se cierne».

Teniendo en cuenta esto, respecto las circunstancias agravantes que recoge el art. 22 CP, sólo podrán computarse alguna de ellas siempre y cuando no concurra el *non bis in ídem*⁶⁰.

4.3.5. Posibles concursos de delitos y el delito continuado

El art. 74.2 CP establece que: *«Quedan exceptuadas de los establecidos en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constituidas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo»*. Esto quiere decir que, dentro de este tipo de delitos, no son aplicables los concursos de leyes como norma general.

Por lo tanto, el concurso de delitos será aplicable cuando la conducta sexual que se lleve a cabo para cometer el delito sea desproporcionada, siendo más grave o innecesaria de lo normal. Además, cuando el delito se entienda como cosustancial, o lo que es lo mismo, que se entienda que son actos inherentes al delito, se entenderá como un concurso de normas y, por lo tanto, dentro del delito de agresión⁶¹. Será el concurso medial el que exista cuando las lesiones generadas para llevar a cabo la agresión sexual sean desproporcionadas.

Es necesario separar las agresiones sexuales calificadas en grado de tentativa de las agresiones básicas consumadas, estableciéndose la línea entre ambas figuras por la existencia o no de ánimo de tener acceso carnal con el sujeto pasivo, o de introducirle un miembro corporal o un objeto. Si dicho ánimo concurre, se trata de un delito de agresiones del art. 179 CP en grado de tentativa, y si falta será un delito de agresiones del art. 178 CP en grado de consumación. Una agresión sexual calificada suele ir acompañada de actos que, sin se valoran de forma separada, integrarían agresiones sexuales básicas. Generalmente, tales actos no se castigan individualizadamente por su

⁶⁰ Esto quiere decir que un mismo hecho no puede ser sancionado más de una vez, siempre y cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

⁶¹ Cfr. Op. Cit. BOIX REIG, J., «Derecho Penal. Parte Especial...», pág. 364.

valor resulta abarcado por el de las agresiones del art. 179 CP, en virtud del principio de consunción, cuando los actos típicos de la agresión básica precedan inmediatamente a la violación, formando un único atentado a la libertad sexual⁶².

Si se efectúa cualquiera de las conductas reguladas por el art. 179 CP, con violencia, pueden ocasionarse unas lesiones que, en la medida en que sean inevitables, quedan incluidas en la agresión sexual. Sin embargo, cuando las lesiones se consideren innecesarias o excesivas, se incluirían dentro de un concurso de infracciones⁶³.

Es sabido ya que en cualquiera de las modalidades de la agresión sexual tiene que darse violencia o intimidación, pudiendo concurrir con un delito de homicidio o de lesiones, sea de forma dolosa o imprudente, creando un concurso ideal (una sola acción) o un concurso real cuando estos delitos sean causados por varias acciones que, normalmente, son dolosas. También existirá concurso real cuando intervengan más de un sujeto activo y cada uno de ellos realice una agresión sexual y, cada uno ellos será autor de un delito de agresión sexual y cooperador necesario del cometido por el resto de sujetos; lo mismo ocurre cuando, al intervenir varios sujetos dentro del delito de violación, uno de ellos se encargue de sujetar a la víctima mientras que el otro accede carnalmente a la víctima, sin importar por cuál de las tres vías se realice⁶⁴. Por otro lado, cuando después de la agresión se produzca con dolo la muerte de la víctima, los delitos de homicidio o de asesinato absorberán el delito de agresión.

Respecto a las lesiones psíquicas, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su reunión del 10 de octubre de 2003 establece que «las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente respecto del principio de consunción del art. 8.3 CP, sin perjuicio de la posterior valoración respecto a la responsabilidad civil del sujeto».

Por otro lado, respecto al delito continuado, es la doctrina jurisprudencial la que se ha inclinado a su consideración, siendo de aplicación el delito de agresiones sexuales

⁶² Cfr. *Op. Cit.* «<https://www.iberley.es/temas/delito-agresiones-sexuales-47941>[fecha de consulta: 2 de enero de 2020] ».

⁶³ Cfr. *Op. Cit.* «<https://www.iberley.es/temas/delito-agresiones-sexuales-47941>[fecha de consulta: 2 de enero de 2020] ».

⁶⁴ *Op. Cit.* MUÑOZ CONDE, F., «*Derecho Penal...*», pág. 215.

continuadas en los casos en que éstas son realizadas debido a una misma fuerza intimidatoria, cuando sean ataques a la misma víctima, realizándose dentro de una misma relación sexual prolongada en el tiempo y con cierta duración, obedeciendo a un dolo único. La STS 374/2009, de 10 de marzo entiende que *«existe unidad jurídica o delito continuado en los casos en los que existe una unidad objetiva y subjetiva de agresores y agredidos, así como una identidad o semejanza de bienes jurídicos atacados. Se trata de un proceso delictivo que se desarrolla fraccionadamente en el tiempo, y que, en consecuencia, su punición es más agravada, precisamente por esa ejecución fraccionada en la que cada acto pierde su sustantividad para integrarse en un todo del cual el acto concreto es solo una ejecución parcial»*.

El Tribunal Supremo, en una de sus sentencias⁶⁵, entiende que se pueden distinguir tres situaciones dentro del delito de agresión sexual en que puede concurrir el delito continuado (aunque pueden darse más dependiendo de la realidad sociológica del momento), y son las siguientes:

- Cuando no existe continuidad entre los accesos, ya sea debido a una insatisfacción del deseo sexual por parte del agresor o porque el suceso criminal responde a una misma manifestación duradera, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma vía o diferentes, nos encontraremos ante un solo delito y la reiteración en los hechos tendrá o no relevancia a la hora de individualizar la pena.
- Cuando los actos de agresión o de abuso sexual se lleven a cabo entre idénticos sujetos y la repetición de actos individuales se prolongue durante el tiempo, dentro de una misma situación de violencia o intimidación, será un supuesto de continuidad delictiva.
- Por último, cuando la iteración de los actos sexuales son diferenciables en el tiempo y se produzcan debido a diferentes agresiones o amenazas para restringir la voluntad de la víctima, se tratará de un concurso real de delitos.

⁶⁵ STS 964/2013, de 17 de diciembre.

V. LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES EN MENORES

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, establece una de las novedades normativas más importantes en relación a los delitos sexuales, ya que el legislador equipará la edad de consentimiento al resto de ordenamientos europeos, aumentando dicha de edad de trece a dieciséis años, para poder proteger con mayor efectividad la normal evolución y desarrollo de la personalidad de las personas menores de edad dentro de la esfera de la libertad sexual.

La Directiva 2011/93/UE a la que se hace referencia dentro de la Exposición de Motivos de esta Ley establece los dieciséis años como la *«la edad por debajo de la cual está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor»*, debiendo establecerse así en el Derecho nacional de cada país⁶⁶. Además, esta misma Directiva define el concepto de «edad de consentimiento sexual» en su art. 2 como *«la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor»*.

Por lo tanto, en principio, cualquier acto sexual en el que intervengan personas menores de dieciséis años es un hecho delictivo castigado por el Código Penal.

La regulación en nuestro Código Penal se encuentra en el Capítulo II bis del Título VIII bajo el Título “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”.

5.1. Tipos básicos

Se pueden distinguir tres conductas básicas⁶⁷:

- Abuso o atentado contra la indemnidad sexual del menor, que tendría una pena de dos a seis años de prisión.

⁶⁶ Op. Cit. MUÑOZ CONDE, F., *«Derecho Penal...»*, pág. 225.

⁶⁷ Cfr. Op. Cit. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., y FIGUEROA NAVARRO, C., *«Lecciones de Derecho Penal...»*, pág. 90.

Si la conducta consiste en hacer presenciar al menor de abusos sexuales, aunque el autor no participe, la pena de prisión impuesta será de uno a tres años.

- Agresión, si se da violencia o intimidación. Se equipara esta conducta a la realización de actos sexuales contra el menor con el actor de instarle a participar en esos actos con un tercero o sobre sí mismo. La pena impuesta en este supuesto de cinco a diez años.
- Delito de violación. Es decir, acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías. Se castigará con una pena de prisión de ocho a doce años cuando sean considerados abusos o una pena de doce a quince años cuando se considere agresión.

Todas estas conductas, llevarán aparejada una pena de inhabilitación de seis a doce años cuando el culpable se hubiese ayudado de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público cuando realizó los actos delictivos (excepto en el supuesto del art. 183 bis CP). El fundamento de esta pena es la confianza que pueden tener las víctimas respecto de estos sujetos, siendo necesario que concurren dos elementos: que la condición de funcionario sea real y que esa condición se ponga a servicio del propósito criminal, es decir, que se exponga ante la víctima su condición aprovechándose así para tener más facilidad de llevar a cabo el delito⁶⁸.

Estas conductas básicas pueden resultar agravadas por alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 del art. 183 CP, imponiéndose la pena en su mitad superior cuando:

- Cuando exista una situación de total indefensión debido a que la víctima es menor de cuatro años, a su escaso desarrollo intelectual o físico, o debido a un trastorno mental.

Aquí, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la reforma del Código Penal de 2010 ya se pronuncia al respecto destacando *«la mayor vulnerabilidad de los menores de edad para ser víctimas de comportamientos delictivos y las*

⁶⁸ Esto se determina en la STS 1438/2005, de 23 de noviembre, en su Fundamento de Derecho Tercero.

mayores dificultades que encuentran los niños para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos, además de los daños que para la formación y evolución psíquica del menor genera esta clase de delito».

- Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. El fundamento se debe al gran desvalor de la acción y el resultado que supone la actuación plural de los sujetos, provocando una mayor indefensión en la víctima al existir mayor intimidación.⁶⁹.
- Cuando la violencia o intimidación generen un carácter especialmente degradante o vejatorio.
- Cuando, para poder llevar a cabo el delito, el sujeto activo se haya beneficiado de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
- Cuando la persona culpable ponga en peligro, de forma dolosa o por una imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
- Cuando la infracción se haya cometido por un sujeto perteneciente a una organización o grupo criminal que se dedique a la realización de estas actividades.

Esta circunstancia se incluye gracias a la normativa europea, ya que el art. 5 de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de Europa de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, establece como sanciones y circunstancias agravantes que *«la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva según la definición de la Acción Común 98/733/JAI [...]»*⁷⁰.

⁶⁹ MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010» en “*Revista de Derecho y Ciencias Penales*”, N°15, Universidad de San Sebastián (Chile), 2010, pág. 96.

⁷⁰ El art. 1 de esta «Acción Común 98/733/JAI de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea» entiende como organización delictiva: “*una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables*

Respecto a todas estas conductas, la STS 424/2017, de 13 de junio realiza un análisis a tener en cuenta sobre los delitos sexuales en los que intervienen menores de dieciséis años a partir de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015. Esta reforma impone la necesidad de que el sujeto activo realice una conducta sobre la víctima que posea carácter sexual, *«no es relevante que la conducta tenga fines sexuales (ánimo libidinoso) sino que basta con que atente contra la indemnidad sexual del menor, definiendo este último concepto como el derecho del menor a no verse involucrado en situaciones de índole sexual en evitación del riesgo que este tipo de situaciones pueda tener para el desarrollo psicológico del mismo»*. Se entiende que, al seguir las directrices que propone la Directiva 2011/93/UE, se ha producido un endurecimiento de las penas de los delitos sexuales contra menores, incrementando el rigor punitivo y, así, pudiendo interpretar que la reforma no ha dejado fuera del ámbito de la tipicidad conductas antes consideradas delictivas, al dudar si el cambio de la fórmula *«atentar contra la indemnidad sexual del menor»* por *«realizar actos de carácter sexual con un menor»* puede tener algún efecto práctico en los comportamientos que se consideran prohibidos. Se debe tener en cuenta para la calificación de los hechos estos parámetros: que no es necesario el contacto material con el menor para que se produzca un abuso sexual, el efecto negativo que puede producir en la indemnidad sexual y que no es necesario el ánimo libidinoso.

Además, el art. 183 bis CP impondrá una pena de prisión de 6 meses a 2 años a quien, con fines sexuales, inste a un menor de dieciséis años a participar en cualquier comportamiento de carácter sexual, o le haga presenciar actos de esta naturaleza, aunque el autor no participe. Además, si le hace presenciar abusos sexuales, aunque que el autor no participe en ellos, la pena se verá agravada de uno a tres años de prisión. Este delito tiene como finalidad la participación de un menor en actos sexuales, siendo fundamental que se haya convencido de participar o presenciar actividades de esta índole.

con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad de libertad de un máximo de al menos cuarto años como mínimo o con una pena aún más severa; con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o una medida de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”

5.2. Supuesto del artículo 183 ter del Código Penal

Este artículo trata de castigar aquellos delitos en los que el sujeto activo, a través de internet, del teléfono o por medio de cualquier otro medio contacte con una persona menor de dieciséis años para concertar un encuentro y cometer alguno de los delitos recogidos en los arts. 183 (abuso o agresión sexual) y 189 (pornografía), siempre y cuando la propuesta esté acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento. Este delito tendrá una pena de uno a tres años de prisión o una multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas que correspondan a los delitos que además se hayan cometido y, se pondrán en su mitad superior, cuando dicho acercamiento se haya obtenido por medio de engaño, intimidación o coacción del menor.

También se castiga en este artículo, en su apartado dos, cuando a través de internet, teléfono u otro medio similar se contacte con una sujeto menor de dieciséis años para embaucarle a que le suministre material pornográfico o le enseñe imágenes de esta índole en las que aparezca una persona menor, acarreado una pena de prisión de seis meses a dos años.

En este supuesto, los sujetos del delito deben ser una persona menor de dieciséis años como víctima y, como sujeto activo un hombre o una mujer indiferentemente.

La acción principal sería el hacer surgir en otra persona, menor de dieciséis años, mantener un contacto con un tercero, en relación con conductas como agresiones o abusos sexuales, prostitución o corrupción de menores, siendo impune la mera toma de contacto, con actos que vayan encaminados a un acercamiento a la víctima. El precepto merece una valoración crítica tanto por exceso como por defecto. Por exceso, porque se trata de una disposición extensiva de la punibilidad. Por defecto, al quedar fuera el contacto por cualquier medio que no sea relacionado con la tecnología o medios informáticos, y por dejar fuera de la punibilidad delitos como el exhibicionismo y provocación sexual⁷¹.

Respecto a la consumación, es necesario que la víctima llegue a complacer al tercero y se hayan iniciado actos para complacer su instinto sexual. Si, además, de

⁷¹ *Cfr. Op. Cit.* MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos...», pág.100.

ponerse en contacto con el menor, se producen otras acciones que atente contra su indemnidad sexual, el legislador podrá establecer un concurso de delito⁷².

Por ultimo decir, que se trata de un delito doloso, que engloba tanto el conocimiento del autor sobre la finalidad sexual del encuentro entre el sujeto activo y la víctima y la edad de la víctima como la voluntad de querer llevarlo a cabo. Cuando el sujeto activo actúe bajo un error en los elementos del tipo, como puede ser la edad, se aplicará el art. 14 CP del error de tipo.

5.3. El libre consentimiento del menor

El consentimiento libre del menor de dieciséis años, según el art. 183 quater CP: *«excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez»*. Este artículo tiene como principal objetivo evitar castigar las relaciones sexuales consentidas entre personas adolescentes que no tengan grandes intervalos de edad y madurez.

El Código Penal recoge una presunción *iuris tantum* de falta de capacidad de los menores de dieciséis años para consentir las relaciones sexual, siendo necesario demostrar la madurez del menor y la proximidad en grado de madurez y edad de la persona adulta que interviene en el acto sexual para debilitar el castigo impuesto desde la reforma de 2015 en nuestro Código.

Se entiende que, en el precepto que engloba el art. 183 quater CP, se sigue un criterio mixto que analiza el intervalo de edad entre ambos sujetos y las características individuales de cada uno respecto de su desarrollo y madurez; siendo su finalidad conseguir establecer en cada caso concreto si las diferencias existentes entre los sujetos desembocan en un aprovechamiento de la vulnerabilidad del menor que implique una situación de abuso.

Respecto al criterio de la edad, presenta una ventaja que favorece a la seguridad jurídica, ya que se trata de un criterio rigurosamente cronológico. Es necesario establecer una edad mínima y máxima en estos casos y, el Tribunal Supremo, en su

⁷² Cfr. Op. Cit. MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos...», pág.100.

Sentencia 67/2016, de 21 de enero, teniendo en cuenta que la persona adulta tenía 46 años y la menor 11 años, entendió que *«aun siendo muy generosos a la hora de interpretar los conceptos persona próxima por edad y madurez no puede extenderse a supuestos como el presente. La diferencia de edad entre ambos es de tal magnitud que no se puede sostener la existencia de un consentimiento libremente prestado por la menor y menos que exista una proximidad entre él y la menor por razones de edad o desarrollo»*. La STS 1001/2016, de 18 enero, además de entender ambos sujetos deben tener edades próximas y un grado de desarrollo o madurez ciertamente similar, precisa diciendo que *«se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso»*.

En el caso del grado de desarrollo y madurez, es entendible que la capacidad de comprensión y evaluación no siempre va ligada a la edad cronológica, por lo que debe tener en cuenta cada caso en concreto, buscando una respuesta individualizada para cada caso.

Este artículo no abre otra posibilidad, y es la creación de una atenuante por analogía, procediendo su aplicación en aquellos casos en que no sea admisible la aplicación del artículo, es decir, su impunidad, pero respecto a las circunstancias del caso se observe que el grado de madurez y desarrollo entre ambas partes. Se debe admitir la posibilidad de esta atenuante cuando de manera parcial concurren los presupuestos exoneradores del art. 183 quater CP.

Por último, respecto a este artículo también existe la posibilidad de que se aprecie un error de tipo (art. 14.1 CP) debido al desconocimiento de la edad del sujeto pasivo. Por ello, cuando una persona adulta mantenga relaciones sexuales con un menor de dieciséis años con la creencia de que superaba esta edad, y se aprecia similitud entre la madurez y el desarrollo de ambos, se aplicará la imputabilidad del art. 183 quater CP, sin embargo, cuando el adulto caiga en un error sobre la edad del menor y se produce una discordancia entre la madurez o desarrollo se apreciará y aplicará un error vencible del tipo.

VI. ANÁLISIS SOBRE EL CASO “LA MANADA”

6.1. Introducción y contextualización

El caso “La Manada” hace referencia a los sucesos ocurridos en Pamplona durante la madrugada de 7 de julio de 2016 durante las fiestas de San Fermín, en cual un grupo de cinco hombres violó a una chica dieciocho años, entre los cuales se encontraban un guardia civil y un militar perteneciente a la UME⁷³.

Los procesados, con edades entre los 24 y los 27 años, se encontraban en la Plaza del Castillo de Pamplona, durante la celebración de uno de los conciertos programados durante las fiestas de San Fermín, donde la denunciante entabló conversación con uno de ellos, acercándose más tarde el resto del grupo. Tras contactar con sus amigos, la denunciante, decide irse hacia su coche para descansar antes de los encierros, y los cinco procesados se ofrecen para acompañarle. Durante ese camino, dos de los integrantes del grupo se acercaron a un hotel de la zona para preguntar si tenían habitaciones “para follar” sin que la denunciante tuviera conocimiento de ello y, ante la negativa del personal del hotel, continuaron su camino. Aprovechando que una mujer accedía a un inmueble, uno de ellos aprovechó para poder entrar y facilitar la entrada al resto del grupo, mientras que la denunciante y uno de ellos se estaban besando. Una vez dentro del portal. Tras esto, la denunciante se encontraba en un lugar pequeño y estrecho, rodeada por los cinco procesados, sintiéndose entonces impresionada y sin capacidad para reaccionar, notando como éstos le desabrochaban la riñonera, el sujetador y el jersey que tenía atado en la cintura, donde comenzó a sentir angustia ya que uno de ellos acercó su mandíbula para que le hiciera una felación y sintió como otro le bajaba los leggins y el tanga. Desde ese momento, y teniendo en cuenta su sensación de agobio y el lugar donde se encontraba, adoptó una actitud de sometimiento frente a ellos, situación que aprovecharon los procesados para penetrar bucalmente a la denunciante, vaginalmente solo por dos de ellos y analmente por uno, llegando a eyacular sin utilizar preservativo. Durante el transcurso de todos los hechos, dos de los integrantes del grupo grabaron vídeos y tomaron fotografías. Al terminar, los procesados fueron marchándose uno a uno del lugar, robándole uno de ellos el teléfono

⁷³ Unidad Militar de Emergencia, unidad integrante de las Fuerzas Armadas Españolas, cuya misión es la intervención en casos graves de riesgo, catástrofes, etc.

móvil de la denunciante. Tras esto, la denunciante al ver que todos se habían marchado, se vistió y al comprobar que no tenía su teléfono móvil, comenzó a llorar y salió de allí, comenzando a caminar hasta sentarse en un banco, llamando la atención de una pareja que llamó a la policía, quienes le trasladaron al hospital, realizándole las pruebas pertinentes y administrándole tratamiento anticonceptivo de emergencia y profiláctico.

Uno de los procesados, difundió desde su teléfono móvil a dos grupos de WhatsApp “La Manana” (al que pertenece todos los procesados excepto uno) y a “Disfrutones SFC” los videos grabados anteriormente, acompañándolos de mensajes como “follándonos a una los cinco”, “todo lo que cuente es poco”; o “puta pasada de viaje”.

La denunciante, antes de ocurrir los hechos, no presentaba trastornos de la personalidad ni antecedentes de desestabilización psicológica, sufriendo después estrés postraumático a consecuencia de los hechos, por el cual recibe de forma continuada tratamiento psicológico desde el mes de septiembre de 2017, sin poder determinar con exactitud las secuelas psicológicas al haber transcurrido el tiempo necesario para su valoración.

En los siguientes puntos, vamos a analizar las sentencias que se han ido publicando respecto a este caso, centrándonos lo máximo posible en lo relativo a los delitos sexuales, ya que es lo que nos incumbe en este trabajo.

6.2. Primera Sentencia: «Sentencia 38/2018, de 20 de marzo de la Audiencia Provincial de Navarra»

Para el Ministerio Fiscal, los hechos debían ser castigados como cinco delitos continuados de agresión sexual, pidiendo una pena de 18 años de prisión, inhabilitación para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de acercamiento a la víctima, su domicilio o su trabajo, o la comunicación con ella durante 20 años y 10 años de libertad vigilada con posterioridad a la pena de prisión.

La acusación particular, calificó los hechos constitutivos de los mismos delitos, pero con diferencia en el tiempo de condena, estimando entonces una pena de 18 años y nueve meses para el delito continuado de agresión sexual

La acusación popular, integrada por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y el Ayuntamiento de Pamplona calificó los hechos como constitutivos de los mismos delitos, imponiendo ambas una pena de 18 años y 9 meses para el delito continuado de agresión sexual.

Por otro lado, la defensa de los procesados solicitó la libre absolución con pronunciamientos favorables para los cinco acusados, aunque uno de ellos se hubiera declarado autor de un delito leve de hurto y que condenaran en costas a la Comunidad Foral Navarra por actuaciones «*que han obrado con temeridad y mala fe*».

Resulta evidente entender que el hecho que genera más discrepancia en el análisis de lo sucedido a lo largo de todo el texto de la sentencia es determinar intención o el deseo de mantener relaciones sexuales.

En la sentencia se descarta la figura delictiva de la agresión sexual al entender que no existe una violencia física que resulte idónea para vencer la resistencia de la víctima, ya que no concurren agresiones reales o por medio de golpes, empujones, etc; además, las lesiones que presenta la denunciante, y que fueron examinadas por especialistas, no son significativas para determinar que hubiera violencia, sino solamente indican que durante la penetración vaginal hubo rozamiento en la zona. Respecto a la intimidación, tampoco se aprecia como medio de comisión del delito, que requiere que sea previa, grave y determinante para el consentimiento forzado de la denunciante, no concurriendo el otro elemento determinante para apreciar la agresión sexual.

Para la Audiencia Provincial de Navarra, los hechos probados eran constitutivos de cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento. Entienden que no las lesiones que presentaba la víctima no son significativas para entender que se hubiera producido violencia, sino que solamente indican que en la penetración por vía vaginal hubo rozamiento en la zona y, entendiendo que tampoco se puede apreciar intimidación ya que requiere que este sea previo, grave y determinante del consentimiento forzado. Sin embargo, entiende que los acusados crearon una situación de preeminencia sobre la denunciante, que derivó en una posición privilegia sobre ella y aprovecharon esa superioridad para abusar sexualmente de ella. El Tribunal entiende que no se ha probado el empleo de un medio físico utilizado para doblegar la voluntad de la denunciante.

El Tribunal entiende que los hechos probados crean una situación en la cual los procesados establecen de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, otorgándoles una posición privilegiada sobre ella, abusando de esa superioridad e impidiendo que pudiera tomar una decisión libre. Por lo tanto, establecen que existe prevalimiento, ya que los procesados crean voluntariamente una situación de superioridad sobre la denunciante, suponiendo una situación privilegiada sobre ella y, aprovechándose de dicha situación, realizan los actos de abuso sexual en los que la denunciante no presta libre consentimiento, sino que este se encuentra viciado debido a la presión de la situación. Además, se entiende que se comete el subtipo agravado de abuso sexual por acceso carnal. La figura del prevalimiento, en este caso, nos lleva a afirmar que las relaciones sexuales se mantuvieron dentro de un contexto subjetivo y objetivo de superioridad que ellos mismos crearon y del que se beneficiaron, realizándose sin el consentimiento de la denunciante. Del mismo modo que, desde el momento en que sintió la denunciante como le quitaban la ropa, creó a su alrededor una sensación de agobio y angustia que le llevo a adoptar una actitud de sometimiento frente a los acusados, produciendo en ella un bloqueo emocional que le impidió reaccionar y creando así una situación de superioridad para ellos y que su consentimiento se viese viciado por la situación, como hemos señalado a la hora de entender el prevalimiento.

Lo más llamativo de esta sentencia radica en el voto particular emitido por uno de los tres jueces de la Audiencia, el cual discrepa con la decisión tomada por el Tribunal. Entiende que los hechos probados como constitutivos de los delitos de agresión sexual por las mismas razones que se argumentan en la sentencia y procede la absolución y no la condena por otro tipo delictivo, lo que infringiría el principio acusatorio, puesto que el debate giró alrededor de si los actos sexuales realizados se llevaron a cabo con el consentimiento de la denunciante o sin él, por haber sido anulada su libertad sexual al haber empleado contra ella violencia y/o intimidación para la realización de los mismos. Entiende que no existe la figura de abuso con prevalimiento, al no existir justificación suficiente según la valoración de los hechos probados expuesta en su voto particular, ya que entiende que para que se pueda considerar esa situación de superioridad, deben de ser conscientes de dicha situación y aprovecharse de la inferioridad de la víctima, convirtiéndose en un comportamiento abusivo, entendiendo que resulta necesario una doble exigencia dentro de esa situación de superioridad, teniendo que ser apreciable por ambas partes y que tenga la suficiente relevancia como

para condicionar la libre elección de la persona sobre quien se ejerce. Debido a los hechos que valora en su voto particular, resulta evidente pensar que los acusados no eran conscientes ni se percataron de que la denunciante mostró un consentimiento viciado, apreciándose un error de tipo recogido por el art. 14.1 CP, y, por lo tanto, resultaría aplicable la exclusión de responsabilidad penal respecto del delito de abusos.

6.3. Segunda sentencia: «Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre»

En esta sentencia, los magistrados vuelven a tener en cuenta los hechos declarados probados en la instancia anterior.

El Ministerio Fiscal, las acusaciones particulares y la representación de la denunciante presentan un recurso de apelación contra la sentencia anterior, pidiendo la condena de los acusados por un delito continuado de agresión sexual con las circunstancias agravantes de acción conjunta de dos o más personas y tratarse de actos denigrantes y vejatorios, además de condenarles por un delito contra la intimidad, y una inexplicable moderación a la hora de aplicar las penas, motivos que resultan desestimados.

Por otro lado, también las representaciones de los acusados interpusieron recurso de apelación solicitando la libre absolución excepto para la condena por hurto del teléfono móvil de la denunciante, alegando una infracción de la presunción de inocencia e infracción del art. 24 CE, debido a la contaminación de las pruebas de cargo consecuencia de un juicio mediático paralelo (motivo que fue, obviamente rechazado, ya que la publicidad del proceso no contradice en ningún aspecto la tutela judicial efectiva), y también quebrantamiento de las normas y garantías procesales, falta de motivación y de objetividad. En muchas ocasiones, se ha intentado valorar la incidencia en el proceso probatorio de un juicio mediático paralelo y se concluye que, solo en casos muy excepcionales, la interferencia puede dar lugar a la nulidad del juicio por indefensión y, en este caso en particular, la Sala termina diciendo que en el procedimiento *«existe prueba de cargo suficiente [...] No se acredita ninguna contravención de principios constitucionales o normas procesales que rigen las garantías del acusado, y se muestra correcta el desarrollo del debate procesal de las*

pruebas y la valoración efectuada en instancia con inmediación. La presión mediática no ha causado indefensión a los acusados, las pruebas periciales impugnadas no se acreditan contaminadas, y ni siquiera se pueden considerar las periciales impugnadas la exclusiva o decisiva prueba de cargo». Del mismo modo, también intentan impugnar la declaración de la denunciante como prueba de cargo, ya que según se deduce en el procedimiento, ésta prestó su consentimiento y que su testimonio se encuentra contaminado o dirigido por terceras personas, además de existir contradicciones en él, pero todos estos argumentos se descartan por el Tribunal. La defensa de los acusados considera en su recurso que existe falta de congruencia al condenarles por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento cuando habían sido acusados desde el primer momento por un delito continuado de agresión sexual, ya que son delitos no homogéneos y se contraviene el principio acusatorio y las garantías del procesado por ser informado de la acusación y por no tener igualdad de armas en la defensa, pero esto mismo ya ha sido resuelto en otras ocasiones por el Tribunal Constitucional diciendo que *«La valoración de la homogeneidad colectiva entre acusación y condena debe resolverse atendiendo a las particularidades del caso concreto, sin apriorismos o generalidades, pues es lo acontecido en el procedimiento lo que condicionará el juicio sobre la existencia de la indefensión»⁷⁴*, además, la acusación y la condena se refieren a los mismos hechos, bien jurídico tutelado y autodeterminación personal, y ambos delitos solo se diferencian en la presencia o no de violencia o intimidación, por lo que no se puede justificar la indefensión.

En esta sentencia se vuelve a analizar los elementos de la violencia y la intimidación, para valorar la concurrencia o no de un delito de agresión sexual en lugar de uno de abuso. Se excluye la violencia porque en ningún momento utilizaron la fuerza o cualquier coacción física para que la denunciante entrara con ellos al portal, ni a lo largo de la práctica sexual para que los acusados consiguieran su objetivo. Respecto a la intimidación sí genera dudas ya que, como se expone en la sentencia y jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, *«la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límites como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo de abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente*

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2016 de 17 de octubre.

*intimidada*⁷⁵». La mayoría de la Sala entiende que no existe una acción intimidatoria, solo que la víctima adoptó una actitud pasiva y de sometimiento por voluntad propia. Por lo tanto, no existen elementos por los que pueda aplicarse el tipo penal de la agresión sexual en este caso.

La decisión que toma el Tribunal Superior de Justicia de Navarra es confirmar la sentencia anterior con una condena de 9 años de prisión por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, estimando solo la valoración del delito contra la intimidad por la grabación parcial de los hechos.

Esta sentencia cuanta con un voto particular firmado por dos de los cinco magistrados integrantes de la Sala (entre ellos el Presidente de la Sala), que no están de acuerdo con el tipo penal aplicado al caso ni con las penas impuestas. Entienden que los hechos probados son constitutivos de un delito continuado de agresión sexual en el que media la intimidación. El hecho de que tiraran de ella para que entrara al portal, que la rodearan, el encontrarse en un lugar tan pequeño y estrecho, crea una situación coactiva en la que los procesados adquieren una posición superior frente a la víctima, sumiéndose ella en un estado de abatimiento e impacto emocional en la que accedió a realizar los hechos, mientras que ellos tenían una actitud totalmente diferente, con gran goce, produciéndose por ello una intimidación ambiental que venció la voluntad de la víctima. Además, existe una evidente agravación ya que la intimidación ejercida se hace con un carácter particularmente degradante o vejatorio, por motivos como el escenario y los hechos, la penetración bucal de todos los procesados, además de la penetración vaginal por tres de ellos y la penetración anal por otros dos, los comentarios o gestos que se pueden apreciar en los vídeos aportados en las prueba o el hecho de que dejar a la víctima sola una vez terminaron sus propósitos.

6.4. Tercera Sentencia: «Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, de 4 de julio»

Tras la sentencia emitida por Tribunal Superior de Justicia de Navarra, se presentó recurso de casación por parte del Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares contra la sentencia anterior, al igual que por parte de la defensa de los

⁷⁵ STS 769/2015 de 15 de diciembre de 2015.

procesados, argumentando en gran mayoría los mismos hechos que durante el recurso interpuesto anteriormente.

Respecto al recurso interpuesto por los condenados, no se ha vulnerado el art. 24.1 y 2 CE respecto a la presunción de inocencia y el derecho a un juicio con todas las garantías, es decir, ser juzgado de forma imparcial y respetando la tutela judicial efectiva, además rechazarse la creencia de que han sido condenados por una prueba insuficiente ya que la declaración carece de verosimilitud y no tiene ni persistencia ni incredibilidad subjetiva. También entienden que se ha vulnerado el principio acusatorio recogido por el art. 18.3 CE, con el que se debe asegurar el derecho de defensa, sin embargo, existe una clara identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica de ambos tipos delictivos.

En relación con el recurso planteado por el Ministerio Fiscal, entiende que existe un error en la valoración de los hechos probados, ya que estos deberían ser constitutivos de un delito de agresión sexual, ya que se aprecia una actitud intimidatoria grave (como ya hemos comentado anteriormente, al encontrarse la víctima sola y rodeada de cinco hombres en un espacio tan pequeño y estrecho, sin posibilidad de irse).

Es necesario determinar la diferencia existente entre la intimidación, que caracteriza el delito de agresión sexual, y el consentimiento viciado, característico del abuso sexual y, para ello, se cita la Sentencia de Tribunal Supremo 1169/2004, de 18 de octubre: *«El elemento diferenciador entre la intimidación y el consentimiento meramente viciado correspondiente a una situación de abuso sexual, es el siguiente: el tipo más leve del abuso sexual del artículo 181 del Código Penal, exige la ausencia de violencia o intimidación y fija su atención en los supuestos de falta de consentimiento de la víctima, lo que generalmente nos lleva a incluir en esta modalidad delictiva, aquellas situaciones en que de manera súbita se aprovecha el autor para realizar unos abusos sexuales en los que no se produce la aceptación por la otra parte o ésta no se encuentra en situación de prestar el consentimiento. En cambio, los supuestos del artículo 178 del Código Penal, se refieren a aquellos comportamientos de agresión sexual, que tienen un componente agresivo a través de la utilización de violencia o intimidación. Ambos conceptos son, en algunos casos, compatibles en cuanto que la violencia produce un efecto intimidatorio o paralizante, que hace innecesaria la reiteración de la fuerza física para conseguir los propósitos pretendidos [...] En*

definitiva, cuando no existe consentimiento o éste se muestra conseguido mediante un acto de fuerza física o moral (compulsiva, de carácter intimidante), estamos en presencia de un delito de agresión sexual. Sin embargo, cuando la relación es consentida, pero tal consentimiento está viciado por una causa extrema que opera a modo de coacción psicológica (relación de superioridad determinada por las causas legales), concurriendo, sin embargo, tal consentimiento, el delito ha de calificarse de abuso sexual, fuera de otros supuestos».

Este Tribunal entiende que no es necesaria que la intimidación sea de tal grado que se aprecie como invencible, sino que solo que sea suficiente como para que el sujeto activo pueda conseguir su propósito y que la voluntad de la víctima resulte inhibida. Además, el Tribunal Supremo en su doctrina recoge que, cuando se habla de agresiones sexuales múltiples, la presencia de varias personas contribuye a crear una esfera intimidatoria que debilita o puede llegar a anular la voluntad de la víctima, creando un estado de intimidación ambiental.

Tras analizar de nuevo los hechos probados, el Tribunal Supremo entiende que, los anteriores tribunales que dictaron sentencia, cayeron en un error de subsunción jurídica, ya que no existió consentimiento alguno por parte de la víctima y existiendo intimidación, ya que ella quedó completamente anulada conforme a la situación en la que se encontraba, sintiéndose presionada y sin poder reaccionar. La intimidación a la que se vio sometida la denunciante hizo que adoptara una actitud de total sometimiento ante los procesados y, ellos aprovecharon dicha situación.

Todo lo anterior, hace que el Tribunal Supremo califique los hechos como un delito de violación contenido en los arts. 178 y 179 CP, admitiendo el recurso presentado por parte del Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares, estimando también que existen agravantes debido a que los acusados eran más de dos personas y que se desprende de los hechos actos de intimidación tienen un carácter especialmente degradante o vejatorio respecto a la denunciante, lo que hace que exista una mayor intimidación hacia ella, sin tener una capacidad de respuesta óptimo para poder liberarse de la situación.

Por lo tanto, finalmente, el Tribunal Supremo falla condenando a los procesados a un delito continuado de violación de los arts. 178 y 179 CP, con las agravantes específicas del art. 180.1.1ª y 2ª, a las penas de 15 años de prisión e inhabilitación

absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de acercamiento a la denunciante por un tiempo de 20 años, su domicilio, trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros y prohibición de comunicación con ella, por cualquier tipo de medio y prohibición de cualquier tipo de contacto con ella, y 8 años de libertad vigilada.

6.5. Repercusión social del caso y consecuencias

Las sentencias que se han ido sucediendo a lo largo del caso han provocado una conmoción e infinidad de debates respecto a la calificación jurídica que se dio inicialmente a los hechos, provocando que se cuestionara la perspectiva de género que tenían los Tribunales.

Fueron convocadas numerosas manifestaciones, frente a instituciones tan importantes como el Ministerio de Justicia, al igual que numerosos colectivos feministas y representantes de la mayoría de partidos políticos manifestaron su desacuerdo con la decisión inicial tomada por la Audiencia Provincial de Navarra. La mayoría de las protestas se basaron en la calificación jurídica de los hechos, que vieron inadecuada, utilizando consignas como “No es abuso, es violación”, “No es no” y el famoso “Yo si te creo hermana”:

El portavoz del Gobierno en ese momento, comunicó que debería actualizarse el Código Penal respecto a las agresiones sexuales y debería ser estudiado por la Comisión General de Codificación (consejero del Ministerio de Justicia)⁷⁶.

El presidente del Consejo General del Poder Judicial, declaró respecto de la primera sentencia que: *«El tribunal ha valorado minuciosamente, en relación con los hechos imputados, todos los elementos de prueba aportados por las partes de acuerdo con lo establecido en la ley y de conformidad con la jurisprudencia, siendo estos los únicos criterios a los que están sometidos los jueces sin perjuicio de las posibles discrepancias que puedan existir sobre la calificación jurídica de esos hechos»*⁷⁷.

⁷⁶ DÍEZ, A. «https://elpais.com/politica/2018/04/27/actualidad/1524824600_645078.html [fecha de consulta: 21 de enero de 2019]».

⁷⁷ «<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/12936-comunicado-del-presidente-del-tribunal-supremo-y-del-cgpj-tras-la-sentencia-del-caso-de-la-manada/> [fecha de consulta: 21 de enero de 2020]».

Muchas asociaciones feministas recalcaron que el punto más negativo de esta sentencia es que establece un mal precedente para posibles casos posteriores y que, no se debería responsabilizadas a las mujeres de las agresiones que sufren, sino que los agresores deberían asumir su responsabilidad, la Plataforma 7N⁷⁸ declaró al respecto que *«La justicia patriarcal ha actuado contra la víctima, los violares han visto rebajado el tipo penal de agresión de abuso sexual. Especialmente rechazable nos parece que haya habido un voto particular pidiendo la absolución de todos ellos⁷⁹»*. También la presidente de la Fundación Mujeres apuntó que *«la sentencia ha sido decepcionante. El cambio de calificación de agresión sexual como pedían las acusaciones, al de abuso sexual, tiene que ver con no considerar que ha concurrido violencia o intimidación. Desde el feminismo lo vivimos como una pérdida. No hace falta, para miles de mujeres, explicar por qué estar encerrada en un portal sin salida con cinco hombres, sin que medie una palabra más alta que otra, es una situación intimidatoria para una mujer⁸⁰»*.

Bárbaro Tardón, investigadora y experta en violencia sexual, entiende que la sentencia muestra que todos los prejuicios y estereotipos de género que se dan dentro de la violencia sexual se reproducen de igual manera en el sistema judicial, por lo que hay una ideología detrás de un sistema patriarcal, teniendo efectos para todas las mujeres, no solo para las víctimas de estos delitos⁸¹.

Este caso ha despertado un gran número de opiniones, tanto a favor como en contra, lo que llevó a la defensa de los procesados a pedir al Tribunal que se considerará la vulneración de la tutela judicial efectiva, debido a la presión mediática y los juicios paralelos que tuvieron lugar como todo tipo de noticias sobre caso o las concentraciones sociales, pudiendo lesionar la imparcialidad del Tribunal viéndose presionado por la opinión pública y el examen realizado por toda la sociedad. Sin embargo, todo ello fue rechazado por el Tribunal de forma contundente. La trascendencia mediática del hecho no significa una presión sino un elemento normal en la actividad judicial⁸², por ello, a

⁷⁸ Hace referencia a la Marcha Estatal Contra las Violencias Machistas, un movimiento .ciudadano considerado feminista.

⁷⁹ *«<https://www.publico.es/sociedad/sentencia-manada-indignacion-preocupacion-tribunal-no-considere-existio-intimidacion-violencia.html> [fecha de consulta: 21 de enero de 2020]»*.

⁸⁰ *Op.Cit.* *«<https://www.publico.es/sociedad/sentencia-manada...> [fecha de consulta: 21 de enero de 2020]»*.

⁸¹ *Cf.* *«https://www.eldiario.es/sociedad/entrevista-manada-barbara-tardon_0_767473933.html [fecha de consulta: 21 de enero de 2020]»*.

⁸² Argumento que se afirma en la STS 854/2010, de 29 de septiembre.

pesar de los hechos manifestados por los procesados, las manifestaciones, todas publicaciones y la información a través de las redes sociales y el propio pronunciamiento del Ministro de Justicia (que manifestó no estar de acuerdo con el veredicto), aunque pudieran afectar a la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, en ningún momento afectarían a su dimensión procesal, que atañe a la independencia del poder de justicia⁸³.

Sin embargo, también se han desatado otras consecuencias, ya que se ha detectado un auge de las agresiones sexuales grupales en España desde este suceso en 2016, pero tampoco se puede determinar a ciencia cierta si el hecho se debe al aumento de estas agresiones o al hecho de que éstas se denuncian más, pero sí es posible decir que la denuncia social y las campañas públicas al respecto provocan que las víctimas tengan más confianza y se sientan más seguras de contar su caso⁸⁴.

Todo esto, también ha llevado a pensar que es necesario abrir el debate sobre la necesidad de reformar el Código Penal, en lo relativo a los delitos sexuales y los ataques a la libertad sexual. Con la llegada de Unidas Podemos al Gobierno, el Ministerio de Igualdad presidido por Irene Montero pretende elevar al Consejo de Ministros una ley integral de protección de las libertades sexuales que contempla una reforma del Código Penal para blindar el consentimiento sexual, el “sólo sí es sí”. Esta reforma tendría como objetivo la libertad sexual de las mujeres, poniendo el consentimiento como la clave en los delitos sexual, de modo que, si una mujer no dice sí, todo lo demás es no⁸⁵.

⁸³ Referente a esto podemos ver la «Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de enero de 2019, asuntoto Maslarova contra Bulgaria».

⁸⁴ «<https://www.publico.es/sociedad/agresiones-sexuales-manada-espana-registra-155-agresiones-sexuales-grupo-ultimos-cuatro-anos.html> [fecha de consulta: 21 de enero de 2020]».

⁸⁵ «<https://www.elmundo.es/espana/2020/02/05/5e3a9259fdddf786c8b4734.html> [fecha de consulta: 5 de febrero de 2020]».

VII. CONCLUSIONES

Los delitos contra la libertad sexual han ido evolucionando a lo largo de la historia gracias a las reformas que se han ido planteando en el Código Penal hasta llegar a la idea de que la libertad sexual debe ser un elemento básico de la libertad de la persona, tal y como podemos entender gracias a la Constitución en sus artículos 15, 17 y 18 (relativos a la vida e integridad moral, la libertad y el derecho a la intimidad, respectivamente), dejando atrás el anticuado concepto sobre la moral sexual.

Cuando comenzaron a regularse los delitos sexuales, las víctimas se limitaban a mujeres o menores, y siendo en su mayor parte mujeres vírgenes, casadas o viudas, ya que se castigaba a los agresores por el hecho de arrebatar la virginidad o la castidad a éstas, siendo necesario demostrarse que la mujer era honorable. Cuando comenzó a diferenciarse entre la violación y el abuso, era necesario que la violación fuese fruto de una relación heterosexual por vía vaginal (siendo castigado de forma menos severa si la víctima era una prostituta); mientras que en el abuso, podían ser víctimas tanto hombres como mujeres, aumentando la pena cuando el agresor y la víctima eran del mismo sexo.

A partir de 1989, comenzó a entenderse que la libertad sexual era realmente el bien jurídico atacado, y no el honor de una persona ni su imagen respecto al resto de las personas. Desde este momento, no sólo se consideraría violación cuando se produjese la penetración vaginal, sino que también penaría cuando se realizase por vía oral o anal, y las víctimas podrían ser tanto hombres como mujeres. Esto supuso un gran avance hasta lo que podemos considerar como la regulación en vigor hoy en día, dejando atrás estereotipos y roles sociales y entendiendo que los derechos y obligaciones son iguales para todas las personas, sin importar su nivel de vida o sexo.

El Código Penal de 1995 introduce la intimidación y la violencia física como criterio diferenciador dentro de los delitos sexuales, estableciendo la violación como una modalidad dentro de las agresiones sexuales. Con la reforma de 1999, se comienza a tener en cuenta el concepto de indemnidad sexual, ampliando el bien jurídico protegido de las personas menores de edad y las incapaces. En el año 2003, también comienza a castigarse el acceso carnal utilizando miembros corporales dentro del delito de violación.

Respecto a las diferencias entre la reforma hecha en 2010 y la de 2015, se reconoce el engaño a la víctima en estos delitos, ampliándose también a quien se aprovecha de una situación de confianza. La edad de las víctimas menores de abusos se amplía de trece a dieciséis años a los dieciséis a dieciocho años, castigándose también cuando se obliga a personas incluidas en ese rango de edad a participar en actos de naturaleza sexual o a realizar actos sexuales sobre sí mismo. En el año 2015 se añade el consentimiento libre el menor que excluye la responsabilidad criminal, al igual que criminaliza el acto de contactar con menores de dieciséis años con carácter sexual.

La importancia delitos sexuales radica en la protección de la libertad y la necesidad de autodeterminación dentro del ámbito sexual de cada individuo. Es obvio que el elemento esencial dentro de la determinación de estos delitos es el consentimiento de la víctima, ya que, si ésta quiere realizar de forma voluntaria un comportamiento sexual, no será punible en ningún caso. Para poder comenzar a investigar estos delitos, se necesita una denuncia por parte de la víctima (ya sea en primera persona, por su representante legal o a través del Ministerio Fiscal y no se tendrá en cuenta el perdón o arrepentimiento para archivar la causa. Cuando los condenados sean castigados por uno o más delitos de carácter sexual, se le impondrá una medida de libertad vigilada y, se agravará la responsabilidad cuando los autores tengan algún tipo de relación familiar o sean los tutores de la víctima o similares. Los actos que sean cometidos en algún local o establecimiento podrán tener como consecuencia la clausura temporal o definitiva de los mismos, no pudiendo superarse los cinco años de temporalidad. La omisión de socorro de la víctima también estará castigada en estos delitos, al igual que para el profesional que deniegue la asistencia sanitaria o que abandone dichos servicios produciendo un riesgo para la salud.

El bien jurídico que se pretende proteger en estos delitos es la libertad para que el individuo pueda determinar su comportamiento sexual y ejercer ésta de la forma que él mismo determine. También debe tenerse en cuenta la indemnidad sexual, ya que aquellas personas que sean menores de edad o con discapacidad también tienen derecho a que no se les moleste dentro del ámbito de su libertad sexual, sin que nadie abuse de su situación o para que, simplemente, tengan un desarrollo personal dentro de esta libertad normal sin que nadie intervenga en él.

Antes de comenzar a valorar dos de las principales categorías de los delitos sexuales, es necesario entender que el elemento común para ambos será la valorar si ha mediado consentimiento o no en el acto sexual, ya que será el determinante de la punibilidad o no de los hechos en cuestión. Es posible que dicho consentimiento se encuentra viciado ya sea porque la persona se halle privada de sentido, se abuse de su trastorno mental, su voluntad se haya visto anulada mediante alguna sustancia (drogas, fármacos u otras) o porque la víctima se vea empujada a ello al encontrarse en una situación de inferioridad. Debe ser un consentimiento continuado y aparecer en el momento en que se realizan los actos, ya que el consentimiento, en cualquiera de sus formas, excluye la tipicidad del delito.

- Hablaremos ahora respecto al delito de abuso sexual, delito que se caracteriza porque durante el acto sexual no consentido no media ningún tipo de violencia o intimidación por parte del sujeto activo, ya que las víctimas se encuentran privadas de sentido, poseen un trastorno mental, se anula su voluntad por medio de alguna sustancia o se encuentra una posición de inferioridad. La jurisprudencia señala tres elementos básicos respecto al abuso sexual que son: el elemento corporal, es decir, alguna exteriorización de un comportamiento con tinte sexual; la realización de ese elemento, ya sea sobre el cuerpo del sujeto pasivo o sobre él mismo en presencia de la víctima; y por último, el ánimo o propósito de obtener una satisfacción sexual con dicho comportamiento.

El tipo básico del delito de abuso sexual se recoge en el art. 181 CP, castigado con una pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses, siendo dicha pena agravada a una pena de prisión de cuatro a diez años cuando el abuso consista en acceso carnal por cualquier de las tres vías (vaginal, anal o bucal) o la introducción de objetos o miembros corporales por vía vaginal o anal. Se entiende que existe abuso cuando se realicen actos sexuales sobre personas privadas de razón o con trastorno mental, ya que el sujeto pasivo no puede consentir o rechazar la relación sexual. También existe otra modalidad, lo que se entiende como abuso sexual fraudulento, que consiste en que para conseguir el consentimiento de la persona, que debe tener entre los dieciséis y dieciocho años, se utiliza el engaño o se abusa de una posición de confianza, autoridad o influencia para conseguirlo.

Respecto a los tipos agravados del delito de abuso sexual, encontramos el abuso con prevalimiento y el tipo agravado del art. 181 CP (ya mencionado, cuando consiste en acceso carnal, ya sea con el propio miembro viril por cualquiera de las tres vías o con la introducción de objeto o miembros corporales por vía vaginal o anal). Por lo tanto, el abuso con prevalimiento consiste en que el consentimiento se consigue mediante el uso de una posición de superioridad o el engaño, siendo el sujeto activo de dicha superioridad y que está influya en la víctima y por ello se aproveche de ella para conseguir una satisfacción sexual. Es necesario saber distinguir entre el prevalimiento y la intimidación, ya que ello determinará si se trata de un delito de abuso o de un delito de agresión sexual, siendo el elemento diferenciador la existencia de un comportamiento coactivo para obtener el consentimiento, que no aparece en los casos de prevalimiento.

- El delito de agresión sexual se caracteriza por el atentado contra la libertad sexual de un sujeto sin que medie el consentimiento y utilizando la violencia o la intimidación para conseguir el resultado. Respecto a la violencia debe ser una fuerza física dirigida contra el cuerpo de la víctima, sin necesidad de que sea desmesurada, siendo solamente necesario que consiga eliminar la voluntad de la víctima. La intimidación debe equivaler a una amenaza con cierta gravedad y que tenga conexión con la agresión sexual, debiendo ser ilícita y antijurídica, y con suficiente entidad, grave, real y próxima para que la voluntad de la víctima se vea sometida.

El tipo básico del delito de agresión sexual consiste en el atentado de la libertad sexual a través de violencia o intimidación, castigado con una pena de prisión de uno a cinco años, debiendo existir contacto físico entre el autor y la víctima, que dicho contacto sea en zonas erógenas con cierto nivel de gravedad y duración, y un ánimo libidinoso por parte del sujeto activo. Cualquier persona, hombre o mujer, puede ser tanto sujeto activo como pasivo. Este delito puede ir acompañado de otros como lesiones, homicidio, asesinato, detención ilegal, pero, por ejemplo, el delito de coacciones y las lesiones (siempre que sean leves) son absorbidas por la violencia necesaria dentro de la agresión, al igual que ocurre con las amenazas respecto de la intimidación.

- Debemos analizar el tipo cualificado del delito de agresión sexual, es decir, el delito de violación, al destacar por sí mismo. El delito de violación consiste en una agresión sexual a través el acceso carnal por cualquiera de las tres vías o la introducción

de miembros corporales u objeto por vía vagina o anal, mediando la violencia o la intimidación, castigándose con una pena de prisión de seis a doce años. Los sujetos activos y pasivos pueden ser tanto hombres o mujeres. Respecto a la autoría, pueden existir las figuras de coautoría, cooperador necesario y cómplice, además de la autoría simple. La violación es un delito doloso, por lo que es necesario un dolo directo, que sería la propia penetración o ésta mediante el uso de instrumentos; siendo muy difícil que existan errores de tipo y de prohibición en este delito, siendo la mayoría de los casos respecto a la edad de los menores que se ven envueltos en estos actos. No es necesaria la eyaculación ni la penetración completa para que exista consumación, pero puede existir tentativa inacabada cuando la acción se vea interrumpida pero ya se haya iniciado. Existen para este delito una serie de conductas específicas que modifican la responsabilidad criminal: las atenuantes (recogidas en el art. 21 CP) serían la grave adicción a las drogas, un estado pasional o la anomalía y alteración psíquica; y las agravantes recogidas específicamente para este delito como son la violencia o intimidación que posean un especial carácter degradante o vejatorio, la actuación conjunta de dos o más personas, la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, enfermedad, discapacidad o situación, cuando el agresor posea una situación de superioridad o parentesco u otro tipo de relación familiar o la utilización de armas u otros medios igualmente peligrosos.

- Las diferencias que existen entre estos dos delitos se limita a la forma de obtención del consentimiento de la víctima. Mientras que en los abusos sexuales se obtiene por medio de vicios o debido al estado de incapacidad de la víctima, en las agresiones sexuales media la violencia o la intimidación, siendo evidente que en ninguno de los dos media el consentimiento.

- Los abusos y agresiones sexuales en menores son aquellos actos sexuales que se realicen con personas menores de dieciséis años pudiendo ser abuso (pena de dos a seis años), agresión (cinco a diez años) o violación (ocho a doce años). Los elementos característicos de estos delitos son los mismos que median respecto a los casos ya mencionados anteriormente, pudiendo mediar los agravantes de escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima o cuando la víctima sea menor de cuatro años, la actuación conjunta de dos o más personas, el especial carácter degradante o vejatorio resultante de la violencia o la intimidación, la superioridad respecto de la víctima o su relación de parentesco o similar, el poner en peligro de forma dolosa o imprudentemente

la salud o integridad física de la víctima y cuando el autor pertenezca a alguna organización o grupo criminal dedicado a ello. En el art. 183 quater CP recoge la figura del libre consentimiento del menor, es decir, cuando autor y la víctima sean de una edad y grado de desarrollo o madurez similar o próxima, podrá excluirse al responsabilidad penal del delito.

- En último lugar, y respecto al análisis del Caso “La Manada” podemos llegar a entender la importancia que tienen estos delitos a nivel de repercusión en nuestra sociedad, ya que son delitos que atentan contra una de las esferas más importantes de la intimidad de las personas y, es por eso, que cada vez que ocurren casos de tal magnitud como éste, la sociedad recoja todo tipo de opiniones al respecto.

En este caso, la importancia radica en las diferentes versiones que pueden tener unos hechos probados para diferentes Tribunales, siendo penados en un primer momento como un delito de abuso con prevalimiento y, finalmente, por delito de violación. El elemento diferenciador de ambos sería la intimidación, presente debido al contexto y situación en el que se produjeron los hechos, porque la víctima, al estar rodeada de cinco hombres adultos con una importante presencia física, en un lugar pequeño y angosto sin posibilidad de escapatoria, vio sus facultades disminuidas produciéndose una inhibición total de su voluntad, situación que aprovecharon los condenados.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AROCENA G.A., «Ataques a la integridad sexual», Ed. Astrea, 2ª Edición, 2015.
- BOIX REIG, J., «Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I: La protección penal de los intereses jurídicos personales». 2ª Ed. Madrid, 2016.
- CADENA, F.A. «Los delitos de agresiones sexuales en el Código Penal» en “*Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales III. Derecho de extranjería, problemática de la mujer extranjera en España. Delitos sobre la libertad sexual y tráfico ilícito de personas, especial referencia a las últimas reformas legislativas*”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.
- COBO PLANA, J.A. «Manual de asistencia integral a las mujeres víctimas de agresión sexual: formularios y guías de exploración y toma de muestras», Ed. Masson, Barcelona, 1998.
- DÍEZ RIPOLLES, J.L., «La protección de la libertad sexual», Ed. Bosch, S.A., 1985.
- GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., y FIGUEROA NAVARRO, C., «Lecciones de Derecho Penal. Parte especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)», Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 2ª Ed. (, Madrid, 2015.
- GAVILÁN RUBIO, M., «Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia», en “Revista de Derecho, Empresa y Sociedad”, núm. 12, enero 2018.
- GOENAGA OLAIZOLA, R., «Delitos contra la libertad sexual», en “*Eguzkilo: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*”, Nº. Extra , 1997.
- JIMÉNEZ, E.B., «Problemas político-criminales actuales de las sociedades occidentales», Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2003.

- MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010» en “*Revista de Derecho y Ciencias Penales*”, Nº15, Universidad de San Sebastián (Chile), 2010.

- MORALES PRATS, F. «*Comentarios al Nuevo Código Penal*», Ed. Aranzadi, 1996.

- MUÑOZ CONDE, F., «*Derecho Penal. Parte Especial*», Ed. Tirant lo Blanch, 22^a edición, Valencia, 2019.

- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «*Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*», Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 2010.

- ZAFFARONI, E., «*Manual de derecho penal, Parte General*». Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987.

8.1. Normativa

- «Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal».

- «Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil».

- «Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal».

- «Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal».

- «Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre».

- «Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal».

- «Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal».

- «Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal».

8.2. Webgrafía

- «http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts._119_a_120_abusos_sexuales.pdf [fecha de consulta: 11 de octubre de 2019]».
- «<https://dle.rae.es/abuso> [fecha de consulta: 13 de octubre de 2019]».
- «https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjIwsTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoARh9jzDUAAAA=WKE [fecha de consulta: 25 de noviembre de 2019]».
- «https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTUxNDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA0_oKBTUAAAA=WKE [fecha de consulta: 2 de enero de 2020]».
- «<https://www.iberley.es/temas/tipo-subjetivo-delito-agresion-sexual-63818> [fecha de consulta: 2 de enero de 2020]».
- «<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/agresiones-sexuales/agresiones-sexuales.htm> [fecha de consulta : 8 de noviembre de 2019]».
- «<https://www.iberley.es/temas/delito-abusos-sexuales-48201> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2019]».
- «<https://www.publico.es/sociedad/sentencia-manada-indignacion-preocupacion-tribunal-no-considere-existio-intimidacion-violencia.html> [fecha de consulta: 21 de enero de 2020]».

- «<https://www.iberley.es/temas/delito-agresiones-sexuales-47941>[fecha de consulta: 9 de noviembre de 2019]».

-

«https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTUxNDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA0_oKBTUAAAA=WKE [fecha de consulta: 2 de enero de 2020]».

- «https://elpais.com/politica/2018/04/27/actualidad/1524824600_645078.html [fecha de consulta: 21 de enero de 2019]».

- «<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/12936-comunicado-del-presidente-del-tribunal-supremo-y-del-cgpj-tras-la-sentencia-del-caso-de-la-manada/> [fecha de consulta: 21 de enero de 2020]».

- «https://www.eldiario.es/sociedad/entrevista-manada-barbara-tardon_0_767473933.html [fecha de consulta: 21 de enero de 2020]».

- «<https://www.publico.es/sociedad/agresiones-sexuales-manada-espana-registra-155-agresiones-sexuales-grupo-ultimos-cuatro-anos.html> [fecha de consulta: 21 de enero de 2020]».

- «<https://www.elmundo.es/espana/2020/02/05/5e3a9259fdddf786c8b4734.html> [fecha de consulta: 5 de febrero de 2020]».

8.3. Índice jurisprudencial

- «Sentencia del Tribunal Supremo 53/1985, de 11 de abril».

- «Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1995».

- «Sentencia del Tribunal Supremo 1518/2001, de 14 de septiembre».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 1798/2001 de 13 de octubre de 2001».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 812/2003, de 3 de junio».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 344/2005, de 18 de marzo».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 1438/2005, de 23 de noviembre».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 96/2006, de 7 de febrero».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 476/2006 de 6 de mayo».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 131/2007, de 16 de febrero».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 506/2008, de 17 de julio».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 374/2009, de 10 de marzo».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 2173/2009, de 2 de abril».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 854/2010, de 29 de septiembre».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 87/2011, de 9 de febrero».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 796/2011, de 13 de julio».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 1229/2011, de 16 de noviembre».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 194/2012, de 20 de marzo».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 305/2013, de 12 de abril».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 964/2013, de 17 de diciembre».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 609/2013, de 10 de julio».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 585/2014, de 14 de julio».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 834/2014, de 10 de diciembre».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 769/2015, de 15 de diciembre».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 132/2016, de 23 de febrero».

- «Sentencia del Tribunal Supremo 101/2016, de 18 de enero».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 67/2016, de 21 de enero».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 612/2016, de 8 de julio».
- «Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2016, de 17 de octubre».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 424/2017, de 13 de junio».
- «Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 345/2018, de 11 de julio».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 396/2018, de 26 de julio».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 13/2019, de 17 de enero».
- «Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de enero de 2019, asunto Maslarova contra Bulgaria».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 166/2019, de 28 de marzo».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 216/2019, de 24 de abril».
- «Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, de 4 de julio».